

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUSTAVO DE MENDONÇA GOMES

***UMA ABORDAGEM JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: elementos formadores,
base legal e controle pelo Judiciário***

Maceió
2013

GUSTAVO DE MENDONÇA GOMES

***UMA ABORDAGEM JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: elementos formadores,
base legal e controle pelo Judiciário***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas da Universidade Federal de Alagoas, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Neoconstitucionalismo.

Linha de pesquisa: Direitos Sociais, Difusos, e Controle das Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell.

Maceió
2013

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos

G633a Gomes, Gustavo de Mendonça.
Uma abordagem jurídica das políticas públicas : elementos formadores,
base de cálculo e controle pelo judiciário / Gustavo de Mendonça Gomes. –
2013.
156 f.

Orientador: Andreas Joachim Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Faculdade de Direito. Maceió, 2013.

Bibliografia: f. 141-156.

1. Políticas públicas. 2. Controle jurisdicional. 3. Neoconstitucionalismo.
4. Direitos sociais. I. Título.

CDU: 342.7:304



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO

Gustavo de Mendonça Gomes


"UMA ABORDAGEM JURÍDICA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: elementos formadores, base legal e controle pelo Judiciário"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:


Prof. Dr. Gabriel Ivo (Presidente da Banca/UFAL)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Prof. Dr. Claudio Pereira de Souza Neto (UFRJ)

Julgamento: aprovado Assinatura: 

Maceió, 15 de março de 2013.


Regina A. França
Professora de Mestrado - FDA/UFAL
SIAPE 1940798

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Andreas Krell, pela disponibilidade e pelos conselhos essenciais ao desenvolvimento desta monografia.

Ao amigo e colega Prof. Dr. Frederico Dantas, incentivador e revisor dos primeiros escritos do que viria a ser este trabalho.

Aos professores do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas, pelos ensinamentos e debates que deixarão marcas perenes em minha atividade profissional.

Aos colegas de curso, cuja prazerosa convivência foi indispensável para que tudo fosse mais fácil.

Aos funcionários da Faculdade de Direito de Alagoas, na pessoa da eficiente e atenciosa Sara.

Para Flávia, apoio essencial ao encerramento deste trabalho, onipresente em minha vida.

RESUMO

A dissertação aborda o tema das políticas públicas em uma perspectiva jurídica, identificando seus elementos constituintes, suas dimensões, etapas de formação e demais itens necessários a caracterizá-las como um objeto identificável. Apresentam-se os subsídios para reconhecer, juridicamente, uma política pública, distinguindo-a de outros componentes do sistema jurídico. Analisa-se a base legal das políticas públicas, avaliando como o objeto de estudo apresenta-se juridicamente e, sobretudo, como a Constituição Federal influencia, em todos os níveis de competência, o conteúdo das políticas públicas editadas. Expõe-se que, apesar da importância dos princípios para a cultura jurídica contemporânea, as regras continuam a representar ferramenta para o enfrentamento de problemas legais, inclusive e principalmente para a confecção e concretização das políticas públicas. Demonstra-se que, embora não confinada ao campo dos Direitos Sociais, aquele conjunto de normas representa um dos aspectos para a compreensão das políticas públicas em território brasileiro. Defende-se que a identificação de uma política pública e de seus elementos formadores contribui para um controle jurisdicional constitucionalmente adequado sobre as atividades do Executivo e do Legislativo, inclusive sob a perspectiva do princípio da separação dos Poderes. Disserta-se sobre os elementos e fatores que integram o discurso jurídico quando do controle jurisdicional das políticas públicas, abarcando o apontamento dos parâmetros a serem observados pelos julgadores.

Palavras-chaves: Políticas públicas. Controle jurisdicional. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The dissertation addresses the issue of public policy in a legal perspective, identifying its elements, dimensions, stages of formation and other items needed to characterize them as an object legally identifiable. It is presented the subsidies to recognize, in Law, public policy, distinguishing it from other components of the legal system. It analyzes the legal basis of public policy, assessing how the object of study is legally presented, especially as the Federal Constitution influences at all levels of competence, the content of created public policies. It explains that, despite the importance of principles for the contemporary legal culture, the rules continue to represent a tool for coping with legal problems, including and especially for the preparation and implementation of public policies. It is shown that, although not confined to the field of Social Rights, that set of standards represents one aspect of the understanding of public policies in Brazil. It is argued that the identification of public policy and its formative elements contribute to an appropriate judicial review of the activities of executive and legislative branches, including under the perspective of the principle of separation of powers. The dissertation is about the elements and factors that comprise the legal discourse in the jurisdictional control of public policy, covering references of the parameters to be observed by judges.

Keywords: Public policies. Judicial review. Neoconstitutionalism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 2 ALGUNS CONCEITOS PRELIMINARES	9
2.1 Considerações gerais	9
2.2 Políticas públicas e seu espectro de abrangência	11
2.3 Políticas públicas: desenvolvimento e base teórica	15
CAPÍTULO 3 ELEMENTOS FORMADORES	19
3.1 Considerações iniciais	19
3.2 A política e seus múltiplos significados.....	21
3.3 As dimensões das políticas públicas.....	23
3.4 Os elementos propriamente ditos	27
3.4.1 A finalidade.....	30
3.4.2 Organização e gestão.....	32
3.4.3 O elemento temporal e a pluralidade de atos: os estágios das políticas públicas	33
3.4.4 As ações governamentais a serem praticadas: deveres e competências	37
3.4.5 Princípios reitores e diretrizes.....	39
3.4.6 Destinação de recursos financeiros	40
3.4.7 O efetivo cumprimento do que fora previsto	43
3.5 Os tipos de compromissos assumidos: obrigações de fazer e não fazer.....	44
CAPÍTULO 4 BASE LEGAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	48
4.1 Introito.....	48
4.2 O princípio da separação dos Poderes em um Estado Democrático no século XXI	50
4.3 A Constituição Federal e o seu papel na regulação jurídica das políticas públicas	56
4.3.1 O uso do termo política no texto constitucional e seus reflexos	59
4.3.2 A densidade normativa da Constituição Federal	61
4.4 Políticas públicas e seus instrumentos introdutórios de normas	63
CAPÍTULO 5 A IMPORTÂNCIA DAS REGRAS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS	68
5.1 Aspectos gerais da distinção entre regras e princípios.....	68
5.2 Os princípios e sua importância para o sistema jurídico	70
5.3 Os excessos no uso dos princípios e suas consequências	74
5.4 A banalização no uso dos princípios	77
5.5 As políticas públicas e as regras: uma relação necessária	79
5.6 A importância da filtragem constitucional.....	85
CAPÍTULO 6 POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO SOCIAL	87
6.1 Considerações iniciais	87
6.2 O Estado Social brasileiro: as consequências da escolha constitucional	90
6.3 A ponderação como técnica imprescindível para a compreensão dos direitos sociais	92

CAPÍTULO 7 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU CONTROLE JURISDICIONAL: CONCEITOS GERAIS.....	98
7.1 Considerações preliminares	98
7.2 A existência de uma política pública e sua importância para o controle judicial	100
7.3 As escolhas de cada Poder: o núcleo essencial.....	103
7.4 Entre a eficácia dos direitos e o respeito às decisões do Legislativo e do Executivo.....	105
7.5 Controle das normas e controle dos resultados.....	109
7.6 Fatores que integram a ponderação no controle de políticas públicas.....	111
7.7 Elementos do discurso jurídico no controle das políticas públicas.....	114
7.8 A judicialização e suas consequências	120
7.9 Parâmetros para o controle judicial	124
CAPÍTULO 8 O ALCANCE DO CONTROLE JUDICIAL	129
8.1 Até onde o Judiciário pode revisar: a sustentabilidade dos atos <i>sub judice</i>	129
8.2 O necessário uso da ponderação em alguns casos	134
8.3 Ações individuais x ações coletivas	138
9 CONCLUSÕES	141
10 REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

O termo *políticas públicas* está inquestionavelmente associado à temática do controle judicial dos atos administrativos e das leis. O vínculo pode ser facilmente observado a partir da leitura dos trabalhos que discutem a atuação do Poder Judiciário no controle da Administração Pública e do Legislativo, onde é certo (ou quase certo) que a expressão *política pública* surja em ao menos uma passagem, pelo que constitui imprescindível paradigma de análise e verdadeiro referencial teórico.

A importância das políticas públicas vem não apenas desse liame com o controle judicial de atos administrativos e legislativos. Em verdade, a própria organização político-jurídica brasileira tornou-as um item essencial para compreender o funcionamento do Estado e a realização dos direitos fundamentais.

Apesar da inequívoca relevância do tema, os juristas não se mostram, em sua grande maioria, preocupados em estabelecer, analiticamente e do ponto de vista da ciência do direito, o que são políticas públicas, de que maneira são constituídas, quais seus elementos integradores ou os pressupostos jurídicos indispensáveis para que tenham existência constitucionalmente hígida. Acabam sendo mencionadas *en passant*, como mero ponto de passagem para outros tópicos. Esse espírito pode ser verificado, inclusive, em anteriores trabalhos acadêmicos produzidos no âmbito do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas.¹

A jurisprudência, malgrado tenha avançado para tentar compreender o problema, ainda reflete a pouca firmeza científica acerca daquele objeto e de suas consequências para o direito.

Não seria, pois, exagero asseverar que representam uma categoria pouco trabalhada pelos cientistas do direito, mais preocupados em perscrutar outros temas associados à temática do funcionamento do Estado e do controle judicial da Administração Pública, tais como a reserva do possível, o mínimo existencial e a própria efetividade das normas constitucionais.

Vale transcrever semelhante conclusão de Ana Paula de Barcellos:

¹ Listam-se, a título exemplificativo, as seguintes monografias: MORAES E SILVA, Sofia Vilela de. *Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e Eficácia Social dos Direitos Fundamentais Infante-Juvenis*: subsídio à formulação de políticas públicas para o município de Maceió. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2009; ARAÚJO, Ana Luiza Nogueira de. *A Proteção Constitucional das Crianças e dos Adolescentes*: uma análise da (des)juridicização fáctica no Município de Maceió. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2009; CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica contra a Mulher*: prevenção, repressão e políticas públicas no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006. Sublinha-se que esse último trabalho acadêmico chega a propor um conceito para a expressão (p. 187), sem, todavia, aprofundar a temática.

(...) o fato é que há muito mais elaboração e debate jurídicos em torno, *e.g.*, dos limites e condicionamentos jurídicos incidentes sobre outras atividades estatais mencionadas – legislativas, regulatórias e de fomento –, do que sobre o que se descreveu aqui como políticas públicas. O interesse não é substancialmente maior mesmo diante de políticas públicas vinculadas à realização ou à promoção dos direitos fundamentais.²

Com efeito, os textos relativos à judicialização da política, ao ativismo judicial, à reserva do possível e à efetividade dos direitos sociais normalmente utilizam o termo *política pública* como ponto de partida ou item essencial de suas análises, sem, no entanto, proceder a maiores exames dos elementos caracterizadores daquela locução.³ Julga-se ser esse um dos motivos pelo qual o debate acerca do controle das políticas públicas pelo Judiciário acaba se perdendo entre, de um lado, os defensores da autorestrição judicial e da observância, em moldes tradicionais, do princípio clássico da tripartição do Poderes; de outro, autores alinhados à chamada *doutrina da efetividade*, defensores da observância incondicional da força normativa das normas da Constituição, inclusive dos direitos sociais.⁴

A temática das políticas públicas, importante frisar, é oriunda da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública. Essa circunstância acaba por tornar-se uma dificuldade para o operador jurídico e para as pesquisas sobre o tema, pois a interdisciplinaridade, embora propalada como um dos caracteres do chamado *pós-positivismo*, apresenta-se, na dogmática e na jurisprudência brasileiras, mais retórica do que prática, já que, bem observando, os juristas acabam por evitar o enfoque de doutrinas e conceitos estranhos aos conhecimentos técnico-jurídicos.

Ou seja, trabalha-se uma categoria não jurídica no panorama exclusivo do direito, sem, ao menos, procurar entender suas origens e conceitos básicos na fonte científica em que nasceu. Esse ponto de vista estreito compromete uma visualização mais clara acerca do tema e das consequências que ele provoca.

² Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

³ Termo *efetividade* aqui utilizado na acepção de vínculo entre a norma e a realidade fática. Esse sentido é utilizado, por exemplo, pelo Prof. Marcos Bernardes de Mello no seu *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

⁴ Exemplo dessa dicotomia pode se visto, por exemplo, nos trabalhos de Elival da Silva Ramos e Osvaldo Canela. O primeiro sustenta haver desrespeito, pelo Judiciário, aos limites da sua função jurisdicional quando intervêm em políticas públicas (*Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.138). O segundo autor afirma que a separação (ou independência) das formas de expressão do poder não pode ser invocada para o descumprimento de obrigações constitucionais (*Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87).

O trabalho, sem perder de vista sua natureza fundamentalmente jurídica, é desenvolvido na perspectiva de olhar com mais atenção para as políticas públicas em seus aspectos estruturais, permitindo visualizá-las dentre os múltiplos objetos que compõem o sistema jurídico. Essa identificação, longe de consistir em academicismo, é feita para comportar um melhor enquadramento das políticas públicas como parâmetro de solução de conflitos e como meio para o bom andamento dos interesses coletivos.

Os *direitos fundamentais* continuam a representar um dos tópicos mais palpitantes do direito brasileiro, com reflexos tanto na órbita pública, como na privada. Variados trabalhos acadêmicos contribuíram para, nos últimos anos, formar uma consciência jurídica de valorização daquele corpo de normas e, mais importante, superar antigo axioma de que seriam, em grande parte, meras promessas ou palavras gentis, porém sem aplicabilidade.

Parte-se desse pressuposto, é verdade, mas tendo a preocupação de, sem negar vigência a tal ideologia, procurar enquadrá-la diante de outros brocardos igualmente relevantes, tais como o princípio da separação dos Poderes, o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial, relacionando-os com as políticas públicas. Uma abordagem ponderada será a tônica deste trabalho.

Alteração do protocolo de medicamentos elaborado pelo Sistema Único de Saúde, mudanças nos critérios para a entrada no ensino superior público, obras insuficientes para atender às demandas por saneamento básico, são exemplos das causas hoje em trânsito no Judiciário brasileiro. Revelam hipóteses em que o agir do Estado, em quesitos capitais, é colocado em dúvida, e mesmo a atuação de seus órgãos técnicos – muitas vezes referenciais de competência – passam por reanálises.

Como pano de fundo dessa problemática, as dificuldades relacionadas à interpretação dos textos normativos continuam a representar tópico proeminente da Ciência Jurídica. Mais do que simples controvérsia acadêmica, o debate está relacionado à aplicação quotidiana do direito, com todas as consequências e necessidades daí decorrentes.⁵ Os documentos veiculadores de normas constituem aspecto inafastável do fenômeno jurídico e das políticas públicas, assim como a extração do sentido daqueles enunciados representa tarefa comezinha dos operadores do direito.

Adverte-se que não se tem compromissos com esquemas teóricos tradicionais ou com a defesa de uma postura autorestritiva do Poder Judiciário. Compreende-se que, sem

⁵ Não é incomum a Ciência afirmar que interpretação acompanha o processo de aplicação do Direito, sendo, por essa ótica, fenômenos indissociáveis. Nesse sentido, Hans Kelsen na sua *Teoria Pura do Direito* (Trad. João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387).

abandonar por completo as doutrinas e concepções clássicas sobre exegese e aplicação do direito (pois ainda bastante úteis), faz-se necessário considerar as múltiplas ferramentas presentes na atividade do aplicador do direito, o que leva para além de práticas mecanicistas. A norma jurídica é tópico fundamental do problema trabalhado, mas não exauriente.

O discurso da efetividade, sem dúvida um elemento essencial da dogmática contemporânea, merece ser visto com alguns cuidados, evitando abordagens radicais e, pior, geradoras de incoerências teóricas e práticas. O exame minucioso das políticas públicas pode fornecer alguns referenciais importantes aos operadores e cientistas do direito, colaborando na edificação de uma Ciência Jurídica apta a enfrentar as demandas atualmente em curso e de uma jurisprudência mais coerente com os pressupostos por ela mesma lançados.

Sem adesão intransigente a qualquer linha teórica específica, ao longo dos próximos itens mostrar-se-á a necessidade de, tendo como cenário uma análise detalhada das políticas públicas, estabelecer alguns pressupostos jurídicos que auxiliem os intérpretes e aplicadores do direito a enfrentar, de um lado, o desafio de estimular o cumprimento das normas fixadoras dos direitos fundamentais (em especial os sociais) e, de outro, garantam um processo justo e obediente a princípios caros ao constitucionalismo moderno e ao Estado Democrático de Direito, dentre eles a garantia de que o Judiciário não extravase suas competências institucionais.

O estudo não contempla tão somente considerações aplicáveis aos julgamentos em controle concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas procura alcançar tópicos utilizáveis em processos de todos os níveis e instâncias, mesmo porque é no âmbito dos juízos individuais que se desenvolve grande parte das questões relevantes concernentes às políticas públicas.

CAPÍTULO 2 ALGUNS CONCEITOS PRELIMINARES

2.1 Considerações gerais

Com algumas variantes, o conceito que os juristas normalmente oferecem para políticas públicas é o de que constituem “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado (...) para a realização de objetivos socialmente relevantes”.⁶ Adotar-se-á essa definição como ponto de partida, mesmo porque, segundo se pôde constatar, é o sentido de maior referência entre os autores que trabalham a matéria.⁷

A transcrita definição encontra, bem assim, respaldo nos conceitos e perspectivas trazidas pela Ciência Política, como aquele fornecido por Eloísa de Mattos Höfling, segundo quem “Políticas públicas são aqui entendidas como o ‘Estado em ação’ (...); é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade”.⁸

Os trabalhos produzidos por esta última disciplina mostram que, ali, as preocupações giram em torno das atividades do Estado, o “governo em movimento”. Verdade que os cientistas políticos estão mais focados em observar e estudar como se formam os conteúdos das políticas, como também a dinâmica dos mecanismos de funcionamento do poder, tudo visando propor mudanças e ajustes no curso das ações dos governos.⁹

A análise dos juristas, em horizonte um tanto diverso, centra-se em cotejos entre as normas reciprocamente consideradas, em comparativos entre os dispositivos legais integrantes de políticas públicas e a Carta Magna, ou sobre os múltiplos efeitos trazidos pelas normas

⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 38.

⁷ Com pequenas mudanças, é a essência do que é proposto pela doutrina, como, por exemplo: CANELA, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 81; AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Op. cit., p. 232; BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2012; FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38181>>. Acesso em: 1 set. 2011; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A Constitucionalização do Direito Administrativo e as Políticas Públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, set./nov. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-setembro-2009-reginanery.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2011.

⁸ Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, Campinas, ano XXI, nº 55, nov. 2001, p. 31.

⁹ É uma linha claramente distinguível em: SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul/dez 2006.

jurídicas. O aspecto normativo é claramente preponderante. Embora o paralelo entre os preceitos reguladores e a ocorrência dos fatos (ou seja, sobre a efetividade, expressão utilizada como situação do grupo que se comporta de acordo com o modelo de conduta traçado pela norma.) seja um enfrentamento cada vez mais comum no universo jurídico, é ainda revelador de densos obstáculos.

Não se entende equivocado o conceito erigido no primeiro parágrafo deste capítulo, associado, como visto, a planos de ação governamental ou conjunto de medidas para atingir objetivos de interesse coletivo.¹⁰

Avalia-se, entretanto, serem os conceitos (pretensamente) jurídicos inaptos para apresentar os elementos necessários à elaboração do instituto na perspectiva do direito, como também, insuficientes para explicar as graves consequências e os complexos problemas vinculados ao seu controle judicial. Para os objetivos deste trabalho conceituar é pouco, embora sirva como um ponto de partida, fornecendo as bases para estudos mais detalhados e analíticos.

Maria Paula Dallari Bucci, em obra paradigmática, lança dúvidas, inclusive, sobre a possibilidade de se formular um conceito jurídico de políticas públicas, afirmando ser de maior plausibilidade entender a expressão como um guia de que se servem juristas e não juristas para compreender o termo.¹¹

Parece mais produtor evitar estabelecer uma acepção definitiva, pois se está convencido de que analisar os componentes essenciais das políticas públicas e seu relacionamento com outros aspectos conexos ao tema revela-se mais útil do que buscar um simples e acabado conceito. Definir de forma peremptória, neste momento, acabaria por restringir o desenvolvimento das ideias.

O importante, por ora, é perceber que as políticas públicas decorrem de escolhas, alternativas eleitas a partir de vários fatores (sociais, econômicos, políticos, culturais), envolvendo diversos ramos do conhecimento humano¹². Esse caráter multifacetado pode ser percebido a partir da necessidade de buscar subsídios nas mais variadas ciências para planejar

¹⁰ No âmbito da Ciência Política, a expressão *política pública* pode ter como acepção, além das atividades em si, a de um campo do conhecimento (ciência), quer dizer, seriam os estudos destinados a examinar os aspectos mais relevantes do fenômeno. Assim: SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*, Op. cit., p. 24.

¹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*, Op. cit. p. 47.

¹² HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*, Op. cit., p. 39. Para Antônio Sérgio Fernandes, autor também vinculado às ciências sociais, “definir políticas é entender o processo de produção por parte do Estado de bens e serviços que geram bem-estar à população de um país” (*Políticas Públicas: Definição, Evolução e o Caso Brasileiro*. Disponível em: <http://serv01.informacao.andi.org.br/b6d71b6d71ce_114f59a64cd_-7fcc.pdf>. Acesso: 28 dez. 2011.

as ações do Estado e nos múltiplos participantes/interessados nos trabalhos das casas legislativas (relevante local de origem daquelas, como se verá mais adiante).

Dizer, em cada caso e sob o olhar do sistema jurídico nacional, quando existe uma política pública é a prioridade inicial desta monografia. Esse é um pressuposto para a análise do seu controle pelo Judiciário. Conhecer o objeto (suas características, pressupostos de existência, elementos formadores) é essencial para delimitar em que medida aquele Poder pode, quando provocado, atuar.

2.2 Políticas públicas e seu espectro de abrangência

A necessária relação entre os organismos estatais e a necessidade de desenvolverem *performances* em determinadas searas é tal que se chegou a dizer que o Estado-serviço público foi sucedido pelo Estado-políticas públicas¹³, acrescentando-se até que o direito pós-moderno seria o direito das políticas públicas.¹⁴

Aceitar e propalar esses designativos, de feições incisivas, depende do prisma de quem analisa, mas é inegável que as políticas públicas ocupam lugar de destaque nas sociedades contemporâneas e no tipo de Estado por elas forjado, de forma que estudá-las revela-se, em maior ou menor grau, relevante para quem se propõe a observar como o Estado funciona.

O termo *políticas públicas* é normalmente coligado à temática dos direitos sociais, sendo comum encontrar referência à associação entre o fim do Estado Liberal e o surgimento do chamado Estado Social como marco histórico relevante para o estudo daquelas políticas.¹⁵ A gênese de um Estado interventor, preocupado com o bem-estar dos indivíduos, seria a baliza para o surgimento de um organismo estatal que *faz*, e não apenas *deixa fazer*.

O tratamento sistemático, como verdadeira categoria de estudo, todavia, é fixado nos Estados Unidos, nos anos trinta do século XX, em decorrência da política do *New Deal* e do novel posto assumido pelo Estado.¹⁶

Desde logo ressalte-se que a relação políticas públicas → direitos sociais é justificada tanto pelas suas origens históricas como pelo fato de grande número de políticas públicas

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, nº 133, jan./mar. 1997, p.91.

¹⁴ SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006, p.68.

¹⁵ WACHELESKI, Paulo. Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 16, fev. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm>. Acesso em: 19 de nov. de 2011.

¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 229.

serem relacionadas a direitos daquela espécie. Mas esse raciocínio não basta para alcançar as atuações do Estado em todos os segmentos onde exerce influência, como na indústria, energia, transportes, segurança pública, ciência, tecnologia, agricultura, setor financeiro, telecomunicações e outros, que, conquanto proeminentes para o bem-estar coletivo, não se fundam na realização imediata de direitos sociais. Embora de maneira não sistemática, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece que as políticas públicas se relacionam a campos variados.¹⁷

O Estado brasileiro possui múltiplos focos de ação, não sendo demasiado afirmar que todos os domínios relevantes da vida privada e pública encontram algum tipo de normatização traçada pela Carta Magna ou por norma de inferior hierarquia, desde a vida privada (casamento, poder familiar, sucessão), acordos entre particulares, atividades profissionais, passando pelo relacionamento interpessoal, até os liames entre os indivíduos e o Estado, e mesmo deste com todas as demais pessoas e entidades, inclusive de direito internacional.

Ao contrário do que é não raramente exposto em doutrina, as políticas públicas não se resumem, apenas, aos direitos sociais¹⁸, podendo estar relacionadas a outras áreas de interesse público. Por direitos sociais, aqui, tomam-se aqueles diretamente relacionados ao bem-estar físico e mental dos indivíduos, corporificados em atividades palpáveis, garantidoras de um padrão mínimo de dignidade humana.

Observando tal caráter múltiplo e amplo, Eduardo Appio classifica as políticas públicas como as de *natureza social* e as de *natureza econômica*, ambas com sentido complementar e a finalidade comum de impulsionar o desenvolvimento nacional e regular vários setores, inclusive, da vida particular dos indivíduos.¹⁹ Isso não significa, frise-se, que o

¹⁷ DIREITO CONSTITUCIONAL. SEGURANÇA PÚBLICA AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal - RE-AgR nº. 559646, 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 7 junho 2011. DJE de 24/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2012). Em doutrina: SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*, Op. cit. p. 87.

¹⁸ Essa visão restritiva pode ser vista, por exemplo, em artigo de Luiz Francisco Aguilar: Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 289.

¹⁹ *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 136 e 144. Alexandre Santos Aragão também utiliza o termo *políticas públicas sociais*, demonstrando que a atuação naquela seara é apenas uma das possíveis expressões das políticas públicas (Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, Ano 10, nº 42. p. 99/104, out/dez 2010).

Estado atue diretamente sobre todas as atividades geradoras de riqueza, pois o princípio básico de nossa economia é a livre iniciativa, conforme a cabeça do artigo 170 da CF/88. Porém, ainda que de forma indireta, é possível vislumbrar a mão do poder público como incentivadora de comportamentos, buscando compelir os particulares para determinados objetivos.

Exemplos de políticas públicas fora do espectro diretamente social, além daquelas citadas em parágrafo anterior, podem ser colhidos na área econômica, onde o governo age por meio de incentivos aos setores industriais, monetários e comerciais, como também para induzir os particulares a adotarem certos comportamentos. Deste último caso seria a hipótese de que, como parte da política ambiental, fossem concedidos incentivos para estimular as pessoas a utilizarem fontes energéticas renováveis.

Também a atuação do Estado sobre a economia, como na fixação da taxas oficiais de juros, no aumento ou diminuição da carga tributária (principalmente no uso daqueles espécimes de tributos cujo papel primordial é de, justamente, intervir no domínio econômico, conhecida como *função extrafiscal*), no deferimento de linhas de crédito pelos bancos oficiais, dentre outras, representa maneiras de interferir na realidade.

Assim, é possível imaginar a existência de políticas públicas em todas as áreas sobre as quais o Estado pode (e deve) agir, como instrumentos essenciais para que sejam alcançados, de maneira sistemática e abrangente, os fins previstos na Constituição Federal²⁰ – sejam aqueles obtidos pela ação direta do próprio Estado, sejam aqueles apenas induzidos pelos entes públicos, mas operacionalizados por condutas dos particulares.

Não se pretende desqualificar o vínculo desenvolvido pela dogmática jurídica entre políticas públicas → direitos sociais, pois isso equivaleria a fazer pouco caso de aspecto basilar do instituto e umbilicalmente ligado a sua origem histórica. Mesmo porque, atualmente, no Brasil, parte expressiva das políticas públicas está, de fato, no campo dos direitos sociais.

Todavia, o raciocínio que se começa a expor, desenvolvido na perspectiva de esmiuçar os caracteres das políticas públicas, visa obter uma ideia mais completa do instituto, o que passa pela percepção de que elas existem para além daqueles direitos consignados no Título II, Capítulo II, de nossa Carta Magna.

A associação políticas públicas → direitos sociais, repita-se, é proeminente (sobretudo em um país, como o Brasil, em que existe flagrante déficit de efetividade no atendimento de

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, Op. cit.

direitos prestacionais básicos), mas não exaustiva. Tão relevante que será dedicado um capítulo a tratar dos direitos sociais, abordando como a estrutura desse tipo de direito e sua aplicabilidade interferem na compreensão jurídica do tema que se aborda nesta monografia.

O que parece indiscutível é que as políticas públicas representam, sempre, atuações do Estado voltadas para algum desígnio relevante para a comunidade, quer produzindo efeitos essencialmente coletivos, quer atuando apenas sobre as experiências privadas. O Estado brasileiro interfere na vida dos particulares não apenas quando presta diretamente serviços públicos, mas também induzindo comportamentos em vista de certos interesses. Como bem percebido por Patrícia Helena Massa-Arzabe, as políticas públicas não vinculam apenas o Estado, mas também os particulares, organizações da sociedade civil e mesmo agentes econômicos.²¹

Aliás, a sociedade civil assume papel de destaque no desenvolvimento das políticas públicas, notadamente a partir das reformas conduzidas em meados dos anos noventa do século passado no Brasil. O terceiro setor, entendido como “o conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”²², passa a assumir encargos, em geral com incentivos governamentais, para alcançar escopos relevantes, até mesmo em áreas essenciais, como é o caso das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, previstas na Lei nº. 9.790/99 e autorizadas a atuar em espaços como a assistência social, educação e cultura.

A Constituição Federal de 1988, em muitas de suas passagens, apresenta a imagem de complementaridade das ações entre a esfera pública e privada, notadamente quando trata das ações de saúde, assistência social, educação, cultura, dentre outras socialmente relevantes, como são exemplos os artigos 194²³ e 209²⁴, ambos da CF/88, de forma que deve ser afastada

²¹ Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Op. cit., p. 58. Válida, nesse ponto, a observação de Lenio Streck: “(...) é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade” (*Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10).

²² DIAS, Maria Teresa Fonseca. Políticas Públicas e o terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, Op. cit., p. 266.

²³ Constituição Federal. Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (Grifo nosso).

²⁴ Constituição Federal. Art. 209. O ensino é livre à *iniciativa privada*, atendidas as seguintes condições: (...). (Grifo nosso).

a imagem, comum, de que as políticas públicas são desenvolvidas, somente, a partir dos organismos estatais.

2.3 Políticas públicas: desenvolvimento e base teórica

É relevante frisar que, malgrado possam ser influenciadas por variados setores da sociedade por meio dos canais de participação democrática junto aos Poderes constituídos e, como percebido linhas atrás, executadas por pessoas jurídicas do terceiro setor, a escolha/formulação das políticas públicas a serem adotadas é atribuição exclusiva do Estado e de seus agentes.²⁵ É o Estado o responsável por organizar a política, definindo o conteúdo *do que será feito e como será feito*, pois:

Apesar da aceitação de várias teses do ‘novo gerencialismo público’ e da experimentação de delegação de poder para grupos sociais comunitários e/ou que representam grupos de interesse, os governos continuam tomando decisões sobre situações-problema e desenhando políticas para enfrentá-las, mesmo que delegando parte de sua responsabilidade, principalmente a de implementação, para outras instâncias, inclusive não-governamentais.²⁶

As políticas públicas apresentam nítido interesse para os particulares, pois são eles os diretamente afetados pelas condutas estatais, sendo os principais molestados em caso de falhas. Em um Estado Democrático de Direito, as políticas são desenvolvidas tendo em vista o bem-estar coletivo, dando concretude aos direitos fundamentais (e mesmo não fundamentais) previstos constitucionalmente. Não são aleatoriamente criadas pelos entes de direito públicos, mas seguem a lógica do sistema jurídico e o interesse em alcançar certos resultados previamente antevistos pelo legislador.

Por ser expressão utilizada múltiplas vezes neste trabalho, ressalte-se que são entendidas como *direitos fundamentais* as normas centrais dos sistemas jurídicos, englobando direitos de variadas matizes, como os individuais e coletivos, os direitos sociais, os de nacionalidade, os direitos políticos, além dos direitos econômicos. Essa é a perspectiva que, segundo se compreende, melhor se enquadra no sistema constitucional brasileiro.

Retome-se o ponto de interesse.

²⁵ GONÇALVES, Alcindo. Políticas Públicas e a Ciência Política, In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Op. cit., p. 88. De se ver, outrossim, que o interesse público sobre certas áreas (como educação e saúde) não as torna dependentes do regime de serviço público, podendo ser exploradas pela iniciativa privada. Nesse sentido: KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 54).

²⁶ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*, Op. cit., p. 34.

Independentemente das reformas que procuraram, ao longo da década de noventa, diminuir o tamanho da Administração Pública, o Estado brasileiro, no artigo 3º de sua Carta Magna (onde condensa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil²⁷), permanece, em suas bases, como um promotor de escopos socialmente relevantes. Ainda que o viés político dos governos possa tender a um liberalismo sob nova roupagem (o chamado *neoliberalismo*) ou, do outro lado, uma postura mais intervencionista, a essência não foi alterada, sendo as políticas públicas componentes capitais para o alcance das opções e escopos básicos do Estado brasileiro.²⁸

No período histórico que se atravessa, a própria legitimidade do Estado passa a fundar-se na realização das finalidades coletivas.²⁹ Superadas, ao menos em grande parte do hemisfério ocidental, as teses nacionalistas exacerbadas e de regimes totalitários, a existência do poder insere-se em uma esperança de bem comum: o Estado existe para tornar a vida dos cidadãos melhor, sendo o indivíduo e a garantia da sua dignidade, em si mesmos considerados, o objetivo último de qualquer ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana entra, indubitavelmente, como um parâmetro decisivo de análise e exegese constitucional, embora se reconheça haver algum exagero no trato e uso desse princípio, utilizado como verdadeiro anteparo para toda e qualquer pretensão.

Uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia de dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados, tanto por seus semelhantes, como pelo Estado.

A dignidade insere-se nessa categoria normativa. Ou seja, não constitui mero conselho, recomendação ou simples exortação legislativa aos membros da comunidade, mas preceito com densidade normativa³⁰, apto a incidir sobre as situações concretas da vida e limitar os legisladores em seu mister, os administradores no cotidiano das atividades

²⁷ Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁸ Osvaldo Canela relaciona aquele dispositivo constitucional ao conceito de política pública: “Assim, políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal” (*Controle Judicial de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 57).

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, nº 138, abr./jun. 1998, p. 44.

³⁰ Nesse sentido é a doutrina de Konrad Hesse: “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...). A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia” (*A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15/16).

executivas e o Judiciário nos seus julgamentos. Essa é uma perspectiva da qual os formuladores de políticas públicas não podem fugir, mesmo porque os direitos sociais, econômicos e culturais constituem exigência e concretização da dignidade, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional, isto é, atuando como direitos positivos.³¹

O moderno Estado de Direito, como é o caso do brasileiro, utiliza normas que possuem um viés finalista, servindo de lastro para o desenvolvimento, a partir delas, de políticas públicas pelos órgãos governamentais.³² Perseguem-se objetivos delimitados no sistema jurídico (que hoje, sempre é bom mencionar, vão além da mera garantia de segurança e ordem), sendo as ações estatais, notadamente por meio das políticas públicas, voltadas para alcançá-los.

É fato que, na prática, muitos atos do poder público são realizados sem lastro em programas organizados ou, dito em outros termos, sem prévias políticas públicas que lhe dêem suporte. Existe uma flagrante deficiência na organização administrativa e legislativa nacionais, repercutindo com força no universo jurídico. Esse é um detalhe relevante e será analisado em tópico subsequente.

Outrossim, não se deve confundir a política pública com os direitos que busca preservar, devendo ser ela entendida como meio para o atingimento daqueles.³³ As políticas públicas representam instrumental utilizado pelo sistema jurídico para tornar realidade as previsões normativas, caracterizando-se por utilizar meios cogentes de intervenção do Estado na sociedade.³⁴ Embora apresentem uma dimensão normativa da qual decorrem direitos, ela não se resume a esse aspecto, mas constituem-se a partir de um conjunto de atividades materiais, de atos juridicamente relevantes, procedimentos e, claro, normas.

³¹ SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

³² KRELL, Andreas J. *Discrecionariiedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 19.

³³ SAVERGNINI, Livia Regina. Políticas Públicas como Programas e Ação para o atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*, Op. cit., p. 161.

³⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. cit., p. 134.

CAPÍTULO 3 ELEMENTOS FORMADORES

3.1 Considerações iniciais

Conquanto o jurista não tenha maiores dificuldades de, intuitivamente, apontar alguns subsídios gerais das políticas públicas ou, ainda que sem grande precisão, formular uma imagem acerca do seu conceito, a Ciência Jurídica ainda carece de abordagens analíticas sobre o tema.

Longe de constituir mero debate focado em considerações puramente filosóficas, de uma análise mais aprofundada podem ser extraídos resultados de cunho pragmático – e teórico – de repercussão. Com efeito, vive-se no Brasil uma época de amadurecimento dos debates sobre o trabalho do Poder Judiciário no controle dos atos estatais, o que pode ser constatado a partir da vasta literatura sobre o tema.³⁵ Embora a fecundidade das discussões tenha produzido obras científicas de relevo e decisões judiciais em número razoável, carece-se, ainda, de um aprofundamento dos conceitos relacionados ao assunto, em especial, da definição e de abordagens jurídico-analíticas das políticas públicas. Com raras exceções, mesmo citações de obras da Ciência Política e de outros ramos do conhecimento são quase inexistentes.³⁶

O axioma de que *o Poder Judiciário não pode ou não deve imiscuir-se em políticas públicas* tornou-se paradigma de discussões doutrinárias e a base justificadora de trabalhos, teses acadêmicas, decisões judiciais e controvérsias em variados setores, especialmente sobre os direitos sociais. A partir da máxima de que “o limite que os tribunais constitucionais invocam, em geral, é o de que não lhes pertence interferir nas políticas públicas”³⁷, atos administrativos foram mantidos ou anulados pelos tribunais brasileiros, direitos reconhecidos, condutas e programas estatais alterados (amiúde até em profundidade) e ordens para a elaboração de programas expedidas.

³⁵ Apenas a título exemplificativo, cita-se recentes obras coletivas, como: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) et al. *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

³⁶ A recíproca parece ser verdadeira: “(...) é na verdade espantosa a ausência do elemento jurídico ou seu pouco peso nas construções da Ciência Política de referência para as políticas públicas”. (BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, Op. cit., p. 247).

³⁷ CANELA, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 31.

As perguntas aqui feitas, as molas propulsoras do estudo a ser desenvolvido, são: do ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, o que seriam políticas públicas? Como distinguir uma política pública de um ato estatal isolado? O enquadramento de um ato administrativo como integrante de uma política pública influencia nos critérios da análise judicial em caso de controle?

São questões de aparência simples, mas que escondem problemas relativamente complexos e com variadas repercussões.

Verdade que o tema do controle judicial dos atos administrativos contempla outros tópicos igualmente relevantes, tais como o mínimo existencial, a discricionariedade dos atos administrativos, o princípio da separação entre os Poderes, a reserva do possível e a efetividade dos direitos fundamentais. São todos inter-relacionados (alguns, inclusive, serão aqui postos sob análise), não se podendo compreender o controle judicial sem alguma noção sobre cada um deles, tanto isoladamente considerados, como vistos em conjunto.

O estudo das políticas públicas (sua formação, estrutura, elementos) representa, é verdade, apenas um item desse intrincado tema, mas com envergadura suficiente para merecer um segmento doutrinário próprio. Não se tem a pretensão de encontrar o foco único dos problemas relacionados ao controle judicial dos atos oriundos da Administração Pública (mesmo porque não existe essa saída exclusiva), mas sopesar um fator que pode contribuir, em larga escala, para o debate.

Identificar os elementos integradores das políticas públicas mostra-se uma tarefa essencial, até mesmo para identificá-las como tais e distingui-las de outras realidades do sistema jurídico. Com efeito, embora a Constituição da República tenha erigido deveres estatais em diversos campos, nem sempre o Estado aparelhou-se, normativa e administrativamente, para permitir o usufruto desses direitos. Pode-se dizer que a ausência de políticas públicas concretas é uma realidade brasileira e um problema jurídico. Mas, para concluir pela inexistência, é forçoso estabelecer quando elas existem: é logicamente necessário que a conclusão sobre a falta ou defeito de um objeto seja antecedida de firme conjectura sobre *quando* e *como* ele existe.

Nos poucos trabalhos que buscam um enfoque mais analítico do tema, as propostas, especialmente as classificações, variam com razoável intensidade. Isso não indica, necessariamente, a falta absoluta de bases científicas, já que quaisquer objetos podem ser vistos sob ângulos diferentes, sem que nenhum dos pontos de vista esteja necessariamente equivocado.

3.2 A política e seus múltiplos significados

Como medida prévia, é produtora buscar um entendimento sobre o principal termo que compõe a locução sob análise. Não apenas por um conhecimento literal da gramática (o que seria de pouca utilidade), mas porque interfere diretamente sobre as repercussões jurídicas que provoca.

Evitar-se-ão longos e prolixos ensaios históricos, mas é conveniente referenciar que o termo *política* se reveste de múltiplos significados, tendo sua origem vinculada às atividades do Estado e do Governo em relação aos assuntos de interesse coletivo: tudo vinculado à cidade, a *polis* (daí a origem do termo) estaria relacionado à política.³⁸ Ainda oferecendo um sentido amplo para o termo, Rui Barbosa associa a política às atividades gerais do Poder Executivo e do Poder Legislativo, os quais seriam órgãos políticos por natureza.³⁹

O senso comum, na atualidade, remete a um entendimento mais estrito (e, por que não dizer, pejorativo), relacionando o termo à política partidária desenvolvida nos altos escalões dos órgãos decisórios e às atividades ligadas aos processos eleitorais. Esse sentido, porém, é apenas um aspecto daquela expressão, uma pálida referência ao sentido tecnicamente mais adequado.

Também é possível associar política a decisões coletivizadas, ou seja, aquelas tomadas por alguns, mas que afetam e obrigam todos ou muitos dos participantes do grupo atingido.⁴⁰ Utilizada nessa vertente, a expressão aparece diretamente relacionada aos trabalhos das casas parlamentares e, nos dias que correm, do próprio Judiciário, sobretudo em época em que assuntos de alto impacto social e ampla abrangência são levados ao conhecimento dos juízes.

A expressão aparece, também, como item central da chamada *doutrina das questões políticas*, originada do direito norte-americano e ligada aos limites de atuação do Poder Judiciário.⁴¹ Nesse sentido, o termo está associado às decisões, obtidas a partir de larga dose de discricionariedade, adotadas pelos Poderes públicos (especialmente o Legislativo e o Executivo) e referentes aos assuntos constitucionalmente reservados à alçada exclusiva daqueles Poderes.⁴²

³⁸ BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*, volume 2. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 954.

³⁹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, nº 12, mar. 2007, p. 129.

⁴⁰ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 163.

⁴¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Op.cit., p. 142.

⁴² JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, Op. cit., p. 131.

É usualmente atribuída a Ronald Dworkin a moderna distinção entre a política em sentido amplo e vinculada às atividades gerais dos parlamentos (*politics*), da política pública (*policys*), esta última ligada às atividades mais concretas do governo, entendida como uma meta ou diretriz a alcançar, consistente em melhorias econômicas, políticas ou sociais da comunidade.⁴³

Decorre como mais adequado, levando em conta a aplicação em nossos textos legais e na Carta Magna de 1988, entender a expressão *política* como referente ao processo deliberativo, ocorrente no seio das instituições estatais, relacionado às atividades de interesse coletivo e conexas aos bens constitucionalmente protegidos. O grau de liberdade dos órgãos na tomada de decisões pode aumentar ou diminuir o caráter político do ato, mas, presentes tais características, ele continuará a integrar aquela categoria.⁴⁴

Pode-se vislumbrar que o conceito de *política*, nesta última acepção, não está muito distante do conceito de políticas públicas. Ao revés, o segundo decorreria naturalmente do primeiro, ou seja, *política* é o gênero de que *políticas públicas* seriam espécies.⁴⁵ Embora aspectos essencialmente políticos (no sentido dworkiano de decisões fundamentais adotadas pelos organismos dirigentes) possam integrar as políticas públicas, eles compõem apenas uma parte do objeto que se está a examinar.

Essa categorização é relevante não apenas para melhor apontar o objeto deste estudo, como também para visualizar corretamente os seus elementos integrantes e identificadores. Isso porque, conforme se verá, nem todas as atividades e atos do Estado constituem ou integram políticas públicas.

A proposta adotada serve para, além de advertir que se está diante de decisões de interesse público vocacionadas à satisfação de bens juridicamente relevantes, focalizar a política (e, por consectário, as políticas públicas) não apenas como atividade discricionária ou espaço destinado ao livre e incontrolável agir do Executivo e Legislativo. A despeito dos obstáculos teóricos e práticos em distinguir onde começa a política e onde termina o direito,

⁴³ DWORKIN, Ronald. “Aquele espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil” (*Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36).

⁴⁴ “Por isso, a palavra política, nesse contexto, não possui conotação político-partidária ou decisionista, antes exprime o simples fato de que a predeterminação da decisão judicial pelos termos utilizados nas leis incidentes costuma ser relativamente reduzida, abrindo espaços discricionários”. (KRELL, Andreas J. Interesse Público (Primário) e Interesses Difusos no Direito Ambiental: o aspecto “político” de sua concretização. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 16, nº 63, jul./set/2011, p. 24).

⁴⁵ FERREIRA, Gilberto. *A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Marília: Universidade de Marília, 2008, p. 60.

fato é que a menção ao termo não mais serve como senha para tornar intocáveis atos praticados nas casas legislativas e nos órgãos executivos.

Esse é um arremate a ser tomado como pressuposto das considerações a serem desenvolvidas a partir de agora, máxime para afastar preconceitos que concorreram para distanciar certos atos do poder público do controle judicial. É fato que nem todas as ações se sujeitam da mesma forma ao controle pelo Judiciário, mas a hipótese da pura insindicabilidade não encontra fundamento em bases sólidas.

Poder-se-ia resumir dizendo que quanto mais uma decisão se aproxima dos domínios essenciais da vida coletiva e individual, maior o conteúdo político nela inserido. Isso terá consequências tanto na amplitude do controle a ser exercido pelo Judiciário, como no nível de responsabilidade institucional dos integrantes do Legislativo e Executivo, e mesmo no grau de vinculabilidade para os destinatários das deliberações.

Por isso, promover uma distinção teórica rígida entre direito e política, embora possa ser útil sob certas abordagens⁴⁶, não favorece a análise desenvolvida nesta dissertação, cujo escopo é o de encontrar os limites de atuação para cada Poder. Aqui, insistir em discussões que busquem essências ontologicamente distintas nas duas arenas pode conduzir a um debate estéril e improdutivo.

Notadamente quando a controvérsia envolve norma constitucional, o intérprete (em especial o julgador) acaba por produzir juízos de natureza política, pois “o juiz constitucional certamente aplica o direito; mas a aplicação desse direito acarreta consigo necessariamente que aquele que o faz proceda a valorações políticas”.⁴⁷

3.3 As dimensões das políticas públicas

Já foi escrito que as políticas públicas envolvem quatro grupos de atividades: 1) executivas, 2) atuação normativa, 3) atuação reguladora e 4) de fomento.⁴⁸ O esquema é bastante útil para as abordagens conexas ao tema, expondo os variados tipos de atos que compõem as políticas públicas, ações umbilicalmente relacionadas aos intentos a que se prestam.

⁴⁶ Destaque-se o modelo proposto por Niklas Luhmann, baseado na distinção entre os dois campos, tendo na Constituição o “acoplamento estrutural” entre ambos. Vide: LUHMANN, apud NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 65.

⁴⁷ BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 56, 1980, p. 10.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*, Op. cit., p. 102.

Embora a classificação referida não seja destituída de utilidade, busca-se simplificar o esquema, reconhecendo que as políticas públicas podem ser apreendidas em dois momentos principais e distintos: o *normativo-hipotético* e o *concreto* (ou de *execução*). Isso porque as atividades reguladoras e de fomento (itens 3 e 4, indicados no parágrafo anterior), via de regra, expõem-se no momento normativo, constituindo, mais propriamente, espécies de políticas públicas.

Pretende-se deixar solidificada a ideia de que, para a existência da política pública, é necessário, antes de mais nada, um projeto instituidor do caminho a ser seguido para o atingimento das metas colocadas pelo sistema jurídico, principalmente aquelas fixadas pela Constituição Federal de 1988 (dimensão normativo-hipotética). Além disso, imprescindível, além de um conjunto de atos (administrativos, notadamente), a alocação de recursos materiais e humanos com idoneidade suficiente para cumprir o que fora planejado (dimensão concreta ou de execução).

São dois momentos (ou dimensões) com igual importância e sem os quais não existe uma política pública. Desde logo resta assentado que as normas, por si somente, não formam uma política, mas apenas representam o instante de sua confecção, um dos seus aspectos.

Uma política pública resulta do equilíbrio e interação entre as duas realidades. Existe uma influência mútua, na medida em que o cumprimento ocorre a partir das potencialidades normativas, e essas são erigidas ou modificadas de acordo com as necessidades concretas. Em suma: planejamento e execução atuam de maneira recíproca e interdependente.

Nesse diapasão, as falhas no cumprimento (déficit de efetividade) mostram-se como um defeito da própria política pública em uma das suas dimensões, quer dizer, são algo interno, sujeito às correções devidas (administrativas e, principalmente, judiciais) para o acerto de ambos os momentos/realidades. Muitas vezes, a forma como são erigidas as construções doutrinárias e jurisprudenciais manifesta a falsa imagem de que o descumprimento é externo à política, a qual restaria imaculada em sua suposta *perfeição* e *integridade* normativas.

Diante do descumprimento (total ou parcial), entende-se existir um defeito ou mesmo a ausência da própria política pública.

Por isso, a falta completa de execução redonda na inexistência da política pública. Destarte, mesmo que, no plano normativo, existam normas que prevejam ações direcionadas a certos fins, a falta de meios palpáveis para fazê-las concretas implica dizer que a política pública, enquanto tal, não existe.

Forçoso perceber que toda política pública começa a partir de um desenho normativo, de uma esquematização legal. Essa é uma exigência do princípio da legalidade que, mesmo visto sob nova fisionomia, ainda é um protótipo a ser observado pela Administração Pública (nos termos da cabeça do artigo 37 da CF/88) e, de uma forma geral, para as ações do Estado. Não se está a dizer, vale ressaltar, que a lei, aqui considerada como documento oriundo das atividades parlamentares (câmaras municipais, assembleias, Congresso Nacional) e do processo legislativo, deverá descer a todos os ínfimos detalhes do objeto. Esse ponto será foco de tópico próprio.

A concreção da política – o segundo momento – corresponde ao instante em que os planos, até então teorizados em documentos escritos, passam, primeiro mediante atos viabilizadores (tais como portarias, ordens de serviço, etc.) e, na sequência, mediante ações concretas, a integrar a realidade das pessoas, normalmente por meio de atos visíveis aos sentidos, tais como a construção de estradas, hospitais, estabelecimentos de ensino, estruturação de órgãos públicos, contratação de funcionários, compra de equipamentos, destinação efetiva de recursos orçamentários e financeiros, dentre outros.

Verdade que o cumprimento da política pode apresentar-se para além da mera construção de obras físicas e palpáveis, aptas a ser captadas pelos sentidos físicos. A realização pode incluir um objeto com existência essencialmente jurídica, tais como a possibilidade de obter contratos ou outras figuras de natureza similar.

As políticas públicas no segmento agrícola, por exemplo, comumente abrangem a concessão, pelas instituições oficiais e mesmo não oficiais, de créditos monetários para investimentos. Eventual compra de maquinário ou o plantio da safra são meras consequências: a execução iniciar-se-ia com o oferecimento do empréstimo (negócio jurídico) pelas instituições fomentadoras, algo não tangível, mas com existência jurídica clara, definida e objetivamente aferível.

Mesmo nessas situações, frise-se, é possível alcançar duas fases distintas: uma de caráter programático e necessariamente normativo, onde ocorre a definição hipotética de ações, das posturas e condutas; e outra em que essas atitudes, definidas hipoteticamente, são colocadas em prática, seja mediante atos de materialidade concreta, seja por meio de atos jurídicos variados.

A ideia de organização e planejamento surge como abordagem fundamental das políticas públicas (sobretudo em sua formulação), remetendo à imagem de um plano (ou instrumento congênere) que condense a forma como se desenvolverão as atividades de

interesse coletivo.⁴⁹ As políticas públicas são, antes de tudo, *programas*, entendidos como um plano, projeto, roteiro a determinar o caminho a ser percorrido até determinado escopo. Nelas devem estar contemplados os ingredientes necessários para conduzir às finalidades públicas, indicando os métodos e meios a ser aplicados pelos administradores e particulares.

Embora cada área de atuação exija planejamentos diferentes, variando o grau de complexidade e o detalhamento dos planos, fato é que não há que se falar em políticas públicas sem um *design*, um formato previamente traçado. Isso deve ocorrer em todos os entes federativos (municípios, estados-membros e União), devendo cada um observar as faixas de competência a eles afeta. Não se deve esquecer, diante da descentralização feita pelo constituinte de 1988, da possibilidade de existência de políticas locais e regionais, sendo a coordenação entre os diferentes níveis de governo um elemento decisivo para o sucesso das políticas públicas.⁵⁰

No arranjo desenhado no modelo federativo não existe um ente máximo, pois, ao contrário do que a muitos parece, não há uma hierarquia entre os componentes da federação, de modo que os estados-membros não se encontram subordinados à União Federal, nem os municípios a qualquer dos outros dois. Embora haja uma formidável concentração de poder conferida à União, não tem ela superioridade jurídica sobre os demais níveis, mas apenas um leque mais amplo de competências.

A observação mostra-se pertinente, na medida em que, de maneira explícita ou velada, existe, em não raras oportunidades, um sentimento de superioridade legal dos órgãos federais, como se as medidas adotadas no âmbito dos estados-membros e municípios fossem irrelevantes ou incapazes de vincular, ainda que minimamente, a União. A verdade é que cumpre aos estados-membros, assim como também aos Municípios (e ao Distrito Federal), dentro dos limites estabelecidos na Carta Magna, moldar seus órgãos governamentais e gerir os negócios públicos de seu interesse da maneira que melhor aprover à coletividade local, sem interferências externas que possam caracterizar alguma forma de ingerência

No próximo capítulo será aprofundada a questão das políticas públicas e do seu relacionamento com as normas. Por enquanto, fica a premissa de que algum documento público, de perfil normativo, haverá de traçar o esquema organizativo do Estado e suas ações,

⁴⁹ Maria Paula Dallari Bucci, embora admita que exista “um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento”, adverte que “a política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa” (*Políticas Públicas e Direito Administrativo*, Op.cit., p. 96). Partilha-se da perspectiva de que não podem ser confundidas as realidades, mas apenas se destaca a importância do plano como integrante da política pública.

⁵⁰ KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, Op. cit., p. 40.

pois a política pública, desde o seu nascedouro até o seu cumprimento, é um processo juridicamente regulado, sempre estando relacionada a um conjunto de cláusulas reguladoras, não raramente de variadas hierarquias e níveis (estaduais, municipais, distritais, federais e nacionais).

As normas jurídicas - nos Estados Democráticos de Direito, com ainda mais vigor – preveem certos objetivos e estabelecem comportamentos aptos a realizá-los. A necessidade de um esquema legal, bom frisar, não serve como um favor burocrático ou presta homenagens ao formalismo positivista. Na verdade, como deixam claros os autores ligados à Ciência Política, a construção de planos é essencial para o bom desenvolvimento das atividades públicas, mais ainda quando os reclamos e premências atingem enorme variedade e grande nível de exigência. As normas surgem como uma verdadeira necessidade em um mundo complexo, não uma escolha.

Como as políticas públicas encontram-se estritamente vinculadas ao desenvolvimento das atividades do Estado, é irrefragável que qualquer proposta classificatória encontre paralelo nas próprias categorias em que se dividem as funções estatais. Assim, poder-se-iam classificá-las em políticas públicas de saúde, de educação, de segurança pública, de moradia, etc. Não se ignoram as múltiplas subdivisões que o esquema pode apresentar, algumas bastante sofisticadas e detalhadas. A simplicidade, entretanto, favorece didaticamente, mesmo porque não constitui nosso intento examinar as políticas em espécie.

3.4 Os elementos propriamente ditos

Existe, na Ciência Política, uma tipologia, alvitrada pelo professor norte-americano Theodore Lowi, amplamente aceita naquela seara, associando as políticas públicas a quatro *arenas decisórias* ou *formatos*: 1º) políticas distributivas; 2º) políticas regulatórias; 3º) políticas redistributivas; 4º) políticas constitutivas.⁵¹

A primeira arena trataria de estimular ou desestimular setores e atividades já existentes e regulamentados; a segunda estaria associada à limitação ou concessão de atividades, como a privatização e a concessão de serviços públicos; a terceira interviria na estrutura econômica da sociedade, estabelecendo meios que diminuam as desigualdades sociais; por fim, a última arena estaria relacionada com os procedimentos ínsitos ao funcionamento do Estado.⁵²

Pelos objetivos deste trabalho, as três primeiras arenas interessam mais de perto.

⁵¹ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*, Op. cit., p. 28.

⁵² FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Políticas Públicas: Definição, Evolução e o Caso Brasileiro*, Op. cit.

Qualquer proposta classificatória, notadamente aquelas importadas da doutrina alienígena, deve ser lida e sua utilidade avaliada sob as luzes da realidade brasileira. Esse tem sido, inclusive, um pressuposto do presente trabalho. Nesse toar, e comparando os critérios apontados no parágrafo supra com as vigentes características sociais e jurídicas, entendem-se válidas as proposições ali contidas, as quais fornecem uma boa síntese de quais escopos as políticas públicas devem buscar e quais conteúdos precisam, normativamente, estabelecer.

Tais arenas dividem as políticas públicas de acordo com os respectivos *conteúdos*, representando atuações do Estado nos setores econômico, social, familiar, cultural, criminal, dentre outros de interesse coletivo e individual. Essa percepção está alinhada, pois, com o entendimento de que as políticas públicas não se limitam a promover e amparar os direitos sociais, mas relacionam-se a todos os campos de grande valor para a vida comunitária, seja dos indivíduos como partes integrantes da sociedade, seja em sua esfera privada.

Diante dessas necessidades, as políticas públicas devem ter uma estrutura dotada de um caráter razoavelmente complexo e ajustadas aos assuntos que pretende enfrentar, uma vez que a problemática envolvida no terreno econômico, *v.g.*, decerto é bem diferente daquelas do meio ambiente ou da moradia. Reconhecer diversos formatos (arenas ou conteúdos) presta o bom serviço de identificar as distintas maneiras de enfrentar as díspares necessidades humanas, bem como quais as normas necessárias a esse fim, assim também os meios físicos e humanos suficientes a torná-las concretas.

A partir das dimensões apresentadas em tópico precedente, dos apontamentos deste item e das lições doutrinárias (extraídas, dentre outras fontes, também da Ciência Política), chega-se a três elementos normalmente tidos como integrantes essenciais das políticas públicas: 1º) a utilização de meios ou instrumentos legais; 2º) a busca por metas, objetivos ou fins; e 3º) a temporalidade, ou seja, o prolongamento no tempo, que implica a realização de uma atividade e não de um simples ato.⁵³

Por vezes é trazida uma abordagem que apresenta um quantitativo maior de elementos, perspectiva dentro da qual as políticas públicas teriam, necessariamente: 1º) uma finalidade; 2º) princípios reitores; 3º) diretrizes; 4º) uma forma de organização e gestão; 5º) detalhamento de ações governamentais a serem praticadas, com atribuições de deveres e competências; 6º) identificação das fontes de recursos financeiros.⁵⁴

⁵³ SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*, Op. cit, p. 80.

⁵⁴ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Op. cit., p. 65.

Em uma sociedade com interesses e necessidades cada vez mais intrincados, as políticas, destinadas exatamente a enfrentá-los, acabam refletindo esse caráter multitudinário. Por ser um esquema mais completo, prefere-se trabalhar dentro da segunda classificação (referida no parágrafo imediatamente anterior).

Como se vê, esses *elementos*, aqui entendidos no sentido léxico de tudo o que entra na composição de um objeto (ou seja, cada parte de um todo), estão associados ao plano ou dimensão normativa, pois são itens que devem integrar o traço teórico da política pública, desenhados nos documentos formais responsáveis por esse mister.

Em tópicos pretéritos, foi visto que as políticas públicas não se constituem apenas e tão somente de normas jurídicas. Para que exista como tal, há necessidade de concreção do que fora previsto, conjectura que acaba por refletir-se sobre os elementos integrantes da política.

Nesse toar, acrescentam-se como elemento da política as *performances* concretas do Estado (e dos particulares), destinadas a, efetivamente, operacionalizar o que fora predisposto no nível hipotético. Estabelecem-se como pressuposto, linhas atrás, que as políticas públicas são compostas por dois instantes, não devendo ser percebidas, apenas, como uma mera hipótese contida em um documento escrito. Assim, pelo bem da coerência, tem-se que as obras, os serviços, os materiais, os funcionários públicos envolvidos, as organizações da sociedade civil (e suas estruturas) e os recursos financeiros efetivamente alocados integram a política pública, são elementos dela, e não um fator externo ou simples exaurimento da previsão normativa.

Esses elementos, considerando o modelo organizativo do sistema jurídico brasileiro, mostram-se suficientes e necessários para fazer frente aos desafios coletivos e particulares, inclusive (e principalmente) a concretização dos direitos fundamentais. A absoluta falta de qualquer deles compromete não apenas o bom e regular funcionamento dos serviços, mas a própria existência da política pública como tal. Será visto, pois, em separado, cada um deles.

3.4.1 A finalidade

As políticas públicas, em atenção aos grandes objetivos traçados no artigo 3º da Constituição Federal e especificando os preceitos constitucionais de outras matizes, preveem metas, estabelecendo para onde devem fluir as atividades do Estado e dos particulares, bem como quais os resultados que devem ser alcançados e quais os caminhos a serem percorridos. Um Estado Democrático com perfil social, como é o caso do brasileiro, ainda que não tome o

encargo de, pessoalmente, tornar a vida dos indivíduos ajustada a certas finalidades, é, por natureza, fixador de resultados.

Bem observando, o Estado existe para produzir aqueles efeitos benéficos: é a base da sua legitimidade.

A Lei nº 9.394/90 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional) é um exemplo do que acabou de se dizer, pois coloca as variadas finalidades da política em relação a cada um dos diversos níveis de ensino, de que são exemplos seus artigos 22 e 29.⁵⁵⁵⁶

Quando se faz referência aos desígnios das políticas públicas está-se tratando, além dos grandes escopos previstos constitucionalmente em termos genéricos (como o do mencionado artigo 3º, além de outros conjecturados ao longo do texto), de desígnios mais concretos e setorizados. Cada área de interesse tem seus objetivos próprios, suas metas, aquilo que se pretende alcançar como resultado dos esforços e condutas. Verdade que muitos espaços apresentam inequívoca interpenetração quanto aos desígnios, mas, ainda assim, cada área de interesse foca em objetivos distintos. Meio ambiente e saúde, v.g., expõem múltiplos contatos, mas ainda assim cada qual ostenta os objetivos próprios de cada setor.

É correto afirmar que, muitas vezes, o detalhamento dos objetivos não vem representado nas leis editadas pelos parlamentos, devendo ser buscados em instrumentos normativos secundários, como os decretos das chefias do Executivo ou mesmo nas portarias e outros atos administrativos, como se verá em capítulo próprio.

Tanta é a importância da fixação de finalidades que, na área da saúde, chegou-se a questionar o caráter de política pública do Sistema Único de Saúde - SUS, pois não seria um programa que visava resultados.⁵⁷ Embora a análise isolada da Lei nº 8.080/90 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências) possa conduzir a esse arremate, outros instrumentos normativos acabam por completar a política setorial, fornecendo metas e resultados a ser alcançados, como, por exemplo, o Pacto pela Saúde, corporificado em Portaria editada pelo ministério respectivo e tombada sob o número 399/2006.

⁵⁵ Lei nº 9.394/90. Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

⁵⁶ Constituição Federal. Lei nº 9.394/90. Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade

⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari, *O Conceito de Política Pública em Direito*, Op.cit., p.17.

A finalidade de uma política pode ser desdobrada em metas específicas, expressas em termos claros e numéricos. Aliás, é recomendável que existam critérios bem delineados que possam identificar o sucesso das ações, ou mesmo sua ineficiência. Esse detalhamento dos escopos acaba por funcionar como uma maneira de a própria Administração mensurar a eficiência de seus programas, além de facilitar o controle judicial e mesmo do Poder Legislativo.

Malgrado não seja possível estabelecer, sempre, critérios herméticos de avaliação, entende-se que objetivos excessivamente genéricos e que impeçam um controle mínimo sobre os resultados acabam por não satisfazer adequadamente a exigência. Embora aproximações matemáticas não sejam sempre possíveis, a objetividade acaba constituindo um parâmetro razoável, mesmo porque a maior parte dos direitos pode ser, de alguma forma, mensurada por critérios aferíveis.

As finalidades não devem ser episódicas ou circunstanciais, porquanto metas levam tempo para ser obtidas, máxime quando em jogo direitos fundamentais de complexo atingimento. Embora correções sejam possíveis, quer por contingências, quer pelos típicos ajustes decorrentes das mudanças de gestão, certa perenidade no foco é imprescindível.

A busca por metas pressupõe organização, por mínima que seja. O desenvolvimento das tarefas de interesse público deve ser feito com lastro em plano formalmente elaborado, permitindo que os recursos sejam aplicados de forma racional e eficiente. Esse aspecto, considerado da maior importância (e, por isso mesmo, ressaltado), será melhor visto no item subsequente.

3.4.2 Organização e gestão

Como adiantado, não há políticas públicas feitas de improviso ou constituídas, apenas, por meros atos materiais. Mesmo a existência de órgãos específicos para cuidar de certos interesses ou a nomeação de agentes públicos destinados a atuar sobre áreas específicas (como saneamento, limpeza urbana ou transporte público) não indica, necessariamente, que haja uma política pública para esses setores.

Dessa forma, a existência de uma secretaria dedicada a cuidar da limpeza urbana de um município não induz à necessária conclusão de que haja um conjunto organizado e planejado de atos para aquela área. Da mesma forma com o transporte, iluminação pública, segurança pública, meio ambiente ou quaisquer dos assuntos de interesse coletivo. Decerto que essa omissão não significa a conjuntura ideal; muito pelo contrário, as políticas públicas representam uma face necessária dos Estados contemporâneos. Mas a carência de organização

é um episódio comum em nosso país, ainda acostumado ao imprevisto e à falta de planejamento, mesmo para satisfazer os direitos mais elementares.

Embora o grande déficit de efetividade possa conduzir à ideia de que o Estado age, sempre, de maneira desorganizada, é fato que o desenho constitucional implica entes públicos minimamente planejados. Prova disso são as leis orçamentárias (previstas no artigo 165 da Constituição Federal, além das várias referências dispostas ao longo da Carta), concebidas para prever não apenas os gastos com um exercício financeiro de antecedência, mas para vários anos, segundo a exigência normativa de um plano plurianual (artigo 48, II, da CF/88).

As políticas públicas, assim, decorrem da própria concepção de um Estado organizado. Trata-se aqui – a advertência é para evitar imprecisões – de um Estado que planeja suas ações, em nada se confundindo com os países de economias planejadas, típicas dos antigos integrantes do bloco socialista.

O caráter mais ou menos elaborado dessas políticas não interfere, necessariamente, nas suas existências, mas apenas na maior ou menor eficácia de suas ações e, como se verá noutro momento, em um controle judicial mais ou menos dilatado. Não se deve confundir política pública mal elaborada com política pública inexistente. De toda forma, são necessários itens mínimos para dizer que existe, de fato, uma organização suficiente a caracterizar uma política pública.

Mas, qual nível de preparo mínimo seria exigido para que exista, juridicamente, uma política pública?

A partir do que foi dito precedentemente, podem ser identificados alguns, tais como: 1) a indicação do problema/conjuntura a ser enfrentada; 2) a enumeração de metas, resultados ou objetivos; 3) o apontamento dos meios humanos suficientes para obter os resultados; 4) a indicação dos meios materiais necessários a atingir as metas; 5) o apontamento da origem dos recursos financeiros e orçamentários, bem como o montante para dar conta da finalidade; 6) a existência de instrumentos de controle para aferir os resultados alcançados; 7) documentos jurídicos complementares, necessários para regular a matéria, tornando-a operativa; 8) a divisão dos atos ao longo do tempo.

Ou seja, é necessário explanar quais os setores governamentais (ou particulares) envolvidos, e o que cada um deles fará, sendo premente uma verdadeira partilha organizada de tarefas. Os requisitos do parágrafo anterior derivam, segundo se entende, da visão de política pública aqui adotada, sendo essenciais para o desenvolvimento das tarefas de interesse geral. Imperioso estabelecer o que será feito, como será executado e através de quais recursos financeiros (públicos ou privados).

Ressalte-se, mais uma vez, que o planejamento deve estar contido em instrumentos introdutores de normas. A utilização desses meios legais, dada sua amplitude e relevância, será assunto de capítulo à parte, oportunidade na qual será abordado o problema de definir em que medida o legislador ordinário poderá, constitucionalmente, deixar de adentrar na regulação das matérias.

3.4.3 O elemento temporal e a pluralidade de atos: os estágios das políticas públicas

Os desígnios das políticas públicas devem ser especificados utilizando, como referência, limites temporais. O tempo torna-se um fator decisivo para compreender as atividades de interesse público, principalmente por causas logísticas e orçamentárias. Qualquer planejamento feito pelo Estado precisa levar em conta as leis que autorizam o dispêndio de valores, sob o risco de comprometer seriamente a própria existência ou continuidade da política pública.

Um planejamento benfeito leva em conta o tempo suficiente para realizar o planejado. No caso do ensino, por exemplo, o Plano Nacional de Educação da última década (Lei nº 10.172/2001) estabeleceu metas e objetivos *anuais* nos variados níveis de aprendizado.

O elemento temporal acabou por fazer surgir, na doutrina, uma divisão classificatória que separa as *políticas de governo* das *políticas de Estado*. Há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas (são as chamadas “políticas de Estado”), e há outras que se realizam como meras partes de um programa maior (são as chamadas “políticas de Governo”).⁵⁸ Esse é um arranjo que parte da distinção, feita na Ciência Política, entre as instituições permanentes (o Estado), do conjunto de programas e projetos que determinados setores da sociedade (políticos, técnicos, organismos da sociedade civil e outros) propõem para a coletividade como um todo (o Governo).⁵⁹

A rigor, o transcurso de um prazo acaba por ser um consectário da necessidade da existência de vários atos como elementos da política pública, pois ela não é uma norma nem um ato único, ou seja, distingue-se dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões desde os primórdios da jurisprudência romana. Mas, se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso

⁵⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*, Op. cit., p. 19.

⁵⁹ HÓFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*, Op. cit., p. 31. Fazendo referência às políticas de governo como aquelas vinculadas a um mandato específico, vide: CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes.⁶⁰ Não se devem, todavia, confundir as partes com seu todo, de forma que a política pública somente pode ser percebida em sua complexa integralidade, o que demanda algum tempo de execução.

A temporalidade, bem observando, indica um traço distintivo de relevante valor. A política pública, repise-se, não representa um ato isolado, mas um conjunto de atividades permanentemente desenvolvidas ao longo do tempo, que pode ser mais ou menos curto. Não necessita ser um programa *ad eternum*, já que, dentre as metas, pode estar a de eliminar a necessidade pública em certo espaço de tempo. Permanência não implica eternidade, mas, tão somente, um desempenho duradouro e de caráter estável.

Uma política hoje útil pode, amanhã, tornar-se obsoleta. Basta imaginar o conjunto de ações hoje existente no Brasil para sobrepujar a endemia da dengue, doença infecciosa transmitida pelo mosquito *Aedes aegypti*. Caso evoluam as condições sanitárias brasileiras, é factível que, no futuro, as ações de combate tornem-se desnecessárias ou bastante minoradas. Um dos escopos das políticas públicas pode ser o de, justamente, torná-las desnecessárias no futuro.

Bem assim, o elemento temporal da política deve indicar a periodicidade com que os recursos materiais e humanos devem estar disponíveis, permitindo uma racionalização dos meios e um controle de resultados.

É que a política pública aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Não se trata de mera hipótese normativa ou de simples atividades materiais, mas da congregação dos dois elementos, necessariamente interativos.

Como examinado há pouco, existe uma faceta visível, tangível, consistente em atos materiais, em construção e manutenção de prédios públicos, contratação de servidores, compra de equipamentos afetos aos serviços e outros itens. Há também um lado abstrato, consistente nos instrumentos regulatórios instituídos pelo sistema jurídico. Nenhum deles, isoladamente, compõe a política: o Estado precisa de um planejamento executável.

Pode-se resumir o que foi dito afirmando que as políticas públicas necessariamente englobam um viés concreto e outro normativo. Existe um plano abstrato, de planejamento, de cunho normativo, momento em que são feitas as escolhas essenciais da comunidade, optando-se por determinado modelo econômico e pelas estruturas básicas do Estado (o que é feito, em

⁶⁰ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. cit., p. 133.

um primeiro instante, na própria Constituição), passando por atividades normativas específicas de setores particulares, até chegar à concretude de atuações reais.

Ao longo de sua existência, as políticas públicas compreendem três estágios sucessivos, que se prolongam no tempo: a formulação, a implementação e a avaliação.⁶¹ O primeiro estágio, por sua natureza, estaria associado ao aspecto normativo, concentrando-se nas casas legislativas e nos órgãos do Executivo, instâncias aptas a filtrar as exigências sociais e normatizá-las.

Nesse estágio inicial, podem atuar os elementos da sociedade civil com os mais variados interesses, os grupos de pressão, as associações de classe e todos os que interferem no procedimento de tomada de decisões. Os pareceres técnicos entram como pontos de apoio, embora seja um momento de decisões de perfil eminentemente político. Razoável entender, não obstante, que não existem matérias de enfoque técnico totalmente apartadas da política, e tampouco escolhas totalmente políticas que possam abrir mão de alguma consideração técnica.⁶²

Em uma sociedade plural, como a brasileira, os espaços para o exercício das liberdades democráticas apresentam regras próprias que racionalizam (ou, ao menos, tentam) os debates travados na busca por soluções. Embora não se adote como principal referência teórica a doutrina de autores como Jürgen Habermas ou John Hart Ely (partidários de um Judiciário como simples instrumento de resguardo dos aparelhos democráticos), entende-se que os pressupostos por eles lançados podem ser úteis para compreender esse importante período, momento em que as decisões são formuladas.

Dentre os aspectos aqui examinados, a formulação surge com importância peculiar, pois é nesse período que deve ser inserida boa parte dos elementos constitutivos e demais partes integrantes da política. Um esquema mal traçado, incompleto, cientificamente defeituoso ou destituído de fundamentação adequada comprometerá o desempenho da política pública e tornar-se-á passível de correção, inclusive (e em especial) pelo Poder Judiciário.

É inegável que uma política mal formatada (ou mesmo sem algum dos elementos que a caracterizam como tal) irá conduzir a resultados indesejados, agravando o problema do déficit de efetividade dos direitos. Sempre bom rememorar que as políticas públicas são instrumentos para que os direitos se tornem realizáveis. Opera-se em um terreno em que o sucesso depende, em boa medida, de um planejamento adequado. Ademais, para os objetivos

⁶¹ TRINDADE, Jade Carneiro. Controle Judicial das Políticas Públicas. *L&C – Revista de Administração Pública e Política*, Brasília, v. 13, nº 142, abr. 2010, p. 08.

⁶² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 305.

deste trabalho – centrado em descortinar os elementos constitutivos – essa é uma fase essencial para aferir o amoldamento entre, de um lado, os planos do Legislativo e do Executivo e, de outro, os escopos traçados pelo sistema jurídico, sobretudo em normas constitucionais de direitos fundamentais.

A *implementação* e a *avaliação*, embora tenham suas trajetórias necessariamente previstas quando da elaboração normativa, são mais bem visualizadas no momento da execução/cumprimento. Conjectura-se, nesta monografia, que o momento de cumprir se insere como interno à própria política, de forma que a maneira como ela é colocada em prática deve estar prevista nos instrumentos normativos pertinentes.

A *avaliação* acaba por constituir fase ímpar para a continuidade da política, para seu aperfeiçoamento e mesmo sua revisão (inclusive pelos órgãos de controle externo). Funciona como elemento (des)legitimador das ações praticadas, uma vez que pode acarretar uma mudança de rumos.

Do que se expôs neste subitem, percebe-se que as políticas públicas se desenvolvem ao longo de lapso temporal, não se confundindo com atos únicos e circunstanciados. Um conjunto de atos (abstratos e concretos) ao longo do tempo pode formar uma política, mas um único ato administrativo, apartado de outros de mesmo feitio e organizados em conjunto, jamais será uma política pública, ainda que cumpra metas constitucionais.

Essa é uma ressalva singular e com repercussões de alta envergadura. Não raramente, governos tentam desviar-se de controles externos (nomeadamente o judicial) sobre determinadas medidas, ao argumento de se tratarem de políticas de governo. Entretanto, a observância sobre a conjuntura não permite identificar, em muitos desses casos, quais os outros atos que integrariam essa suposta política pública, dentro de qual planejamento está inserido e quais limites temporais elas alcançam. Em outros termos: seriam atos isolados, não integrados a qualquer planejamento e, por consequência, não fazendo parte de uma política pública.

A pluralidade de atos, como se vê, é elemento essencial, permitindo identificar a política *em movimento*. Atos administrativos dissociados de um conjunto disposto, organizadamente, para certa finalidade, não podem ser tidos como integrantes de uma política pública; embora não percam os atributos próprios daquela categoria, seu exame externo (judicial e legislativo) é feito com maior liberdade. Ao se analisar o controle, retomar-se-á esse ponto.

Dos elementos vistos, verifica-se que a política pública se apresenta como uma realidade juridicamente complexa, uma vez que é integrada por atos legislativos, atos

administrativos, atos de particulares e medidas concretas, todos antecedidos por decisões de cunho político.

3.4.4 As ações governamentais a serem praticadas: deveres e competências

Esse é um elemento capital, pois é nele que devem ser descritos *o que* será feito, *como* e *por quem*. As políticas públicas são proativas por natureza e exigem uma descrição de condutas. Mesmo nas hipóteses de não-fazer é necessário que se delineie o comportamento abstencionista. Ou seja: a atividade descritiva está no cerne da elaboração das políticas públicas.

O direito não se preocupa (ou, pelo menos, não tem se preocupado) com os pressupostos científicos que levam à escolha dessa ou daquela alternativa. Nos trabalhos preparatórios (desenvolvidos, via de regra, nas casas parlamentares), a ciência do direito limita-se a, dentro das possibilidades do sistema jurídico, guiar os legisladores a escolherem determinadas opções (ou rejeitarem outras) a partir de critérios de legalidade, notadamente por razões constitucionais. A orientação pela preferência da política A ou B, no que respeita ao mérito, é deixada para outros ramos do conhecimento.

Essa postura comedida, entretanto, acaba criando problemas para o controle judicial, notadamente com a ideologia técnico-jurídica hoje dominante e em período em que os sistemas jurídicos tentam superar a fase de meramente proibir condutas e garantir a paz social. Na contemporaneidade, propugna-se que o julgador exerça um amplo controle sobre todos os aspectos das ações estatais, inclusive quanto aos resultados, o que, inevitavelmente, o conduz para o terreno de outras ciências.

Fato é que às políticas cabe estabelecer como as atividades devem ser desenvolvidas, fixando parâmetros claros de atuação, descrevendo condutas, delineando ações, apontando os instrumentos utilizados, o *iter* dos agentes (públicos ou não) responsáveis por atingir os objetivos. Nesse ponto, as pessoas físicas e jurídicas envolvidas devem ter suas atividades descritas, permitindo a identificação das responsabilidades funcionais, até mesmo por eventuais descumprimentos.

Além do quantitativo de recursos humanos e materiais envolvidos, deve ocorrer a descrição das responsabilidades e competência de cada órgão, entidade ou pessoa jurídica, apontando-se os encargos de cada qual e a forma como as condutas devem ser desenvolvidas. Imperioso que haja uma descrição clara, inteligível e suficientemente descritiva a ponto de permitir – aos envolvidos, às instituições a que pertencem e aos órgãos de controle externo – identificar a divisão de tarefas. Embora a própria Carta Magna faça uma primeira partilha

entre as entidades de direito público (como nos seus artigos 21 e 23), são necessários detalhamentos nos diferentes níveis de competência.

Pelos motivos expostos neste item, construções normativas excessivamente genéricas, carentes de qualquer descrição objetiva, vagas, imprecisas, acabam por traduzir uma falha comprometedora da eficiência da política pública e mesmo da sua existência como tal. Dizer, meramente, que serão buscados objetivos relevantes sem a enumeração dos caminhos para isso compromete o desenvolvimento do Estado e enfraquece os instrumentos de controle.

Saber qual a pessoa de direito público competente para desempenhar as ações ainda é, em certos setores do Estado, um problema de razoável envergadura. Foi o caso, até recentemente, dos licenciamentos ambientais. A doutrina do direito ambiental destacava a exigência de múltiplos licenciamentos como pressuposto necessário a obras com significativo impacto ambiental. O problema somente veio a ser resolvido, ao menos no que toca ao seu aspecto medular, com a edição da recente Lei Complementar nº 140, em 8 de dezembro de 2011⁶³.

São flagrantes os empecilhos em construir uma política pública adequada quando existem dúvidas sobre os limites para a atuação dos entes responsáveis para desenvolvê-la, comprometendo não apenas a segurança jurídica, como a própria realização dos objetivos de interesse público.

3.4.5 Princípios reitores e diretrizes

As ações do Estado seguem certos regimes jurídicos, os quais são diretamente influenciados por ideologias previamente assentadas. Parte-se de determinados parâmetros e conceitos centrais sobre os assuntos relevantes, linhas mestras influenciadoras da maneira como serão desenvolvidas as ações. Cada setor é influenciado por eixos teóricos em torno dos quais se confeccionam normas e são desenvolvidas ações. Aqui, a ideia de *princípio* como norma influenciadora de um sistema, alicerce dele, cláusula que espraia sua influência sobre outros preceitos⁶⁴, assume relevância e representa uma imagem adequada da mensagem que

⁶³ Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do *caput* e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

⁶⁴ Esse foi o sentido proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, de grande influência na doutrina e jurisprudência brasileiras nas últimas décadas (*Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747/748). Ressalte-se, todavia, que não é esse o pressuposto teórico utilizado neste trabalho, baseado na doutrina de Alexy. Para o autor alemão, um princípio não será, necessariamente, um *mandamento nuclear de um sistema*, pois sua natureza, como visto noutro ponto, é determinada pela estrutura normativa, e não por sua

se deseja passar. Se a política pública é um objeto complexo, são necessários fios ou amarras que liguem as diferentes partes.

Essas diretrizes cumprem algumas funções de relevo. Primeiro, garantem coerência e unidade às políticas públicas, influenciando comportamentos (legislativos e administrativos) e ações futuras de forma a que as condutas convirjam para uma finalidade comum. Seria contraproducente tolerar medidas que entrassem em choque ou mesmo anulassem umas às outras.

Servem as diretrizes, também, para conformar a interpretação das diferentes normas componentes da política. Uma vez reconhecidos vetores, existe a presunção (de caráter relativo) de que a leitura dos demais dispositivos deve estar em consonância com as linhas gerais da política pública. Embora não seja o único método exegético possível, é referencial útil, em especial porque uma mesma política pode ser composta por normas contidas em diferentes diplomas, até mesmo de níveis hierárquicos diferentes.

As diretrizes servem, também, para enquadrar os atos administrativos editados para dar cumprimento aos planos normativos, sendo os princípios reitores meios para avaliar se os comportamentos subsequentes acompanham a política em sua integralidade.

Se existe uma diretriz, *v.g.*, de que o transporte público garanta acessibilidade aos deficientes, os agentes envolvidos devem, como resultado natural, desenvolver tarefas que garantam a prestação àquele grupo. Eventuais condutas que dificultem o acesso àqueles indivíduos confrontam o princípio reitor, reclamando um novo arranjo administrativo e mesmo a correção pelo Poder Judiciário. Com influência semelhante, na órbita ambiental, o princípio do poluidor pagador e suas múltiplas extensões (artigo 225, §2º, da CF/88; artigo 4º, VII, da Lei nº 6938/91); ou, no direito do consumidor, a modicidade das tarifas, regra basilar para os serviços públicos concedidos ou permitidos, nos termos do artigo 6º, §1º, Lei nº 8.987/95.

Tais princípios podem ser vislumbrados expressamente nos veículos introdutores de normas (o que, a bem da previsibilidade desejada do sistema jurídico, seria preferencial) ou intuídos a partir da leitura conjugada de vários dispositivos, exercendo a dogmática um importante papel neste último caso.

Não se consideram tais diretrizes como normas necessariamente mais importantes (ao menos no sentido hierárquico); tampouco se sugere que tenham caráter absoluto. Trabalha-se na perspectiva da ponderação e de que as respostas surgem, muitas vezes, a partir de como se

fundamentalidade. Assim: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v.1, 2003, p. 613.

apresentam os fatos concretos e seus contornos. A importância das diretrizes, não se nega, reside no caráter abrangente dos seus preceitos e na larga influência que podem provocar.

3.4.6 Destinação de recursos financeiros

Como se viu, é o Estado, embora não com exclusividade, o grande responsável por colocar em prática as políticas públicas. No plano das necessidades humanas, os custos integram um elemento essencial, já que movimentar as engrenagens do Estado, produzir bens, prestar serviços e garantir a paz social depende de meios financeiros, não raramente em grandes proporções. Todos os direitos – não apenas os sociais – precisam de recursos para assegurar sua efetivação, valores obtidos, principalmente, a partir da arrecadação tributária⁶⁵. Isso porque mesmo os chamados *derechos de liberdade* exigem o aparelhamento dos órgãos indispensáveis ao cumprimento de seus preceitos, sendo irretorquível que o custeamento mínimo das atividades policiais e judiciárias (para não falar das tantas outras voltadas a garantir a observância do sistema jurídico) exige somas vultosas⁶⁶.

É, pois, no âmbito da atividade financeira do Estado que as políticas públicas começam a realizar-se, pois os gastos públicos pressupõem tanto a existência de numerário suficiente a suportar o dispêndio, como de normas reguladoras da maneira como esses valores devem ser geridos⁶⁷.

A indicação das fontes de financiamento serve, por um lado, para orientar os agentes envolvidos no cumprimento dos deveres normativamente previstos, indicando-lhes as possibilidades orçamentárias; de outro, garante o efetivo cumprimento dos planos ou, ao menos, indica para os organismos de controle a insuficiência da destinação. Em casos extremos, a análise das leis orçamentárias permite verificar a inexistência de qualquer destinação de valores financeiros para um específico conjunto de interesses, o que comprometeria a própria existência da política pública.

De nada adianta a fixação de objetivos, sejam pouco arrojados ou audaciosos, sem a possibilidade de colocá-los em prática. E o desenvolvimento das tarefas previstas como escopos da sociedade depende, umbilicalmente, da destinação de verbas aptas a realizá-las,

⁶⁵ NUNES, José António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 80/81.

⁶⁶ “Los derechos son costosos porque los remedios lo son. La imposición de las leyes es costosa, sobre todo si ha de ser uniforme y justa; y los derechos legales son vacíos si no existe una fuerza que los haga cumplir” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los derechos*: Por qué la libertad depende de los impuestos. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 64).

⁶⁷ NUNES, José António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, Op. cit., p. 82.

tanto por meio das leis orçamentárias (e seus consectários), como pelo eficaz gasto das quantias.

Há, por conseguinte, três momentos quando se trata do assunto.

O primeiro deles é o da elaboração da própria política, quando devem ser expostas as necessidades financeiras e como serão custeadas as despesas. Mencionou-se que a iniciativa privada também participa na execução das políticas públicas, o que pode ser visto, por exemplo, quando ocorre a concessão e permissão de serviços. Não há uma exigência constitucional de que todos os gastos sejam suportados a partir de recursos de tributos e outras fontes estatais, podendo haver outros mananciais de custeio, como o pagamento de tarifas diretamente aos prestadores de serviços. O importante é que sejam antevistas as despesas e a forma de pagá-las.

O segundo momento é o a confecção da proposta orçamentária (tanto a lei de diretrizes orçamentárias, o orçamento anual ou o plano plurianual, conforme artigo 165 da CF/88). Caso seja o Estado o responsável direto por executar a política pública, a ausência de recursos do Tesouro compromete não apenas seu funcionamento, como a própria existência do programa. Não seria exagero dizer que pretensas políticas públicas sem recursos ou com valores flagrantemente escassos não merecem aquele designativo, pois falta-lhes elemento essencial.

Quanto a esta última advertência, cabe lembrar o caráter não vinculativo do orçamento público em terras brasileiras, de forma que a existência de ações estatais e mesmo sua previsão normativa podem esbarrar na completa ausência de cumprimento, principalmente pela possibilidade (constitucionalmente lícita) de o Poder Executivo não gastar o que fora programado.

Essa circunstância remete ao terceiro instante, que é o do efetivo emprego dos valores no cumprimento da política. Pela experiência nacional, sabe-se que nem sempre as importâncias previstas nas leis orçamentárias são efetivamente disponibilizadas e gastas. E essa falta de recursos, mercê do exposto no anterior parágrafo, não significa obrigatório desvio de recursos ou outras condutas ilícitas, mas uma possibilidade franqueada pelo sistema jurídico brasileiro.

A peça orçamentária anual estabelece, em regra, uma mera autorização para os dispêndios, mas não obriga o Executivo a gastar as rubricas. A política pública é uma realidade dinâmica e perene, exigindo uma permanente atuação dos órgãos públicos e, como pressuposto, valores periodicamente destinados a fazer frente às despesas. Caso durante algum período razoável de tempo inexistam recursos destinados para cobrir os dispêndios, estar-se-ia diante de quadro de insuficiência ou mesmo da falta de política pública.

A destinação de recursos, na perspectiva trabalhada neste trabalho, não pode ser fictícia, mas deve representar uma verdadeira alocação de valores para a finalidade pública de interesse.

3.4.7 O efetivo cumprimento do que fora previsto

A fase de cumprimento é composta pelos elementos materiais e humanos necessários ao desenvolvimento concreto das políticas. É nesse assunto que, historicamente, tem falhado o poder público brasileiro, pecando por criar um descompasso entre as promessas contidas nos diplomas normativos (assiduamente pródigas) e a realidade dos fatos. Um passar de vistas sobre o ementário das principais leis brasileiras revela que sobre quase todos os grandes temas de interesse público existe um ou mais diplomas disciplinadores.

O estado promovedor, como é atualmente o brasileiro, não se satisfaz com a mera proclamação de direitos. A bem da verdade, pela própria característica daqueles (mormente os sociais), exige-se algum tipo de ação, não raramente contínua e com grandes estruturas de sustento.

Observando as normas constitucionais relativas à divisão de competências, percebe-se que elas se referem a diferentes formas de atuação dos entes políticos: ora se estabelecem as matérias sobre as quais poderá haver edição de leis (do que é exemplo o art. 22 da Constituição Federal), ora se referem à capacidade de agir no cumprimento dessas mesmas leis (como no art. 23, também da Carta Magna), dentre outras formas secundárias de atuação.

O Brasil adotou o típico modelo federalista, cujo traço reside justamente na existência, dentro do mesmo Estado, de uma partilha constitucional de competências entre as entidades que o formam, bem como pelo estabelecimento de governos autônomos, capazes de editar normas gerais e abstratas dotadas de força coercitiva. A capacidade de auto-organização foi erigida de forma a estabelecer núcleos de competências capazes de tomar decisões políticas, que definam os rumos dos organismos locais.

De toda forma, mais do que uma expressão do poder político, a organização dos serviços necessários ao cumprimento dos compromissos torna-se uma obrigação das pessoas de direito público. A partilha de competência feita pela Carta Magna revela quem irá desenvolver a política pública, quer no plano normativo, quer no cumprimento das normas.

A Administração Pública age por intermédio de atos de variados matizes e objetos, expressos por meio dos instrumentos comumente associados à movimentação da máquina pública, tais como decretos, portarias, alvarás, ordens de serviço, circulares, dentre outros conhecidos da prática administrativa. Somente com a edição daqueles atos – acompanhados

das medidas materiais deles decorrentes – é possível pôr em movimento os setores responsáveis por colocar em prática as prescrições normativas, convertendo-as em medidas concretas.

Embora a complexa estrutura da Administração Pública brasileira permita entrever, na atualidade, o caráter fragmentado da divisão de competências institucionais (inclusive com pessoas jurídicas da sociedade civil), é ainda crível asseverar que ao Executivo cumpre o papel cardeal de colocar em prática os meios operacionais e as medidas de concretização das políticas públicas. Nesse sentido, a partilha constitucional das competências administrativas/executórias entre União, estados-membros, Distrito Federal e municípios, antes referenciada.

Impossível fixar, com foros de generalidade, os conteúdos mínimos a figurar em todas as políticas públicas. Nesse ponto, as variações são tão amplas quanto os diferentes tipos de áreas receptoras das atenções estatais. As providências exigidas pela agricultura, por exemplo, são bastante distintas daquelas reclamadas pela segurança pública ou pela assistência social, de forma que tanto os meios materiais como os humanos variam substancialmente de uma política para outra. Como regra geral, vale a observação de que o ajuste entre o que é efetivamente praticado e as previsões normativas demanda uma avaliação permanente sobre os diversos elementos que compõem a política pública, e se os objetivos são alcançados a contento.

3.5 Os tipos de compromissos assumidos: obrigações de fazer e não-fazer

A expressão *políticas públicas* traz a ideia de atividades ou conjunto de atividades desenvolvidas na busca de interesses relevantes para o corpo social. Remete à imagem de um *fazer*, uma conduta proativa na busca por certos fins, incluindo, como primeiro passo, a previsão normativa e, na sequência, a prática de atividades apreensíveis pelos sentidos (mas não necessariamente, como visto no item anterior), como a construção de escolas, hospitais, estradas, além de todos os elementos (humanos e materiais) necessários para mantê-las em funcionamento.

Há, porém, autores que indicam a abstenção como uma das formas possíveis de o Estado agir, sendo o *não-fazer*, nessa forma de pensar, uma das possíveis partes integrantes das políticas públicas. Dentro dessa linha, o trabalho de Flávio Dino de Castro e Costa, que

adota como conceito de política pública “o conjunto de atos e de não-atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (*ou não intervir*) num domínio específico”.⁶⁸

No plano hipotético – e é esse o aspecto destacado quando do trato da matéria – descrevem-se não apenas condutas humanas isoladamente consideradas, mas providências de cunho material, o oferecimento de bens, a construção de infraestruturas e a prestação de serviços. O *fazer* pode desdobrar-se em múltiplas condutas, estando no cerne do funcionamento do Estado atual. Dentro dessa perspectiva, falar em abstenções parece fora de propósito e inconciliável com a temática.

Deveras, a imagem de um *não-fazer* como integrante de política pública pode soar antiquada, pois remete aos tempos do Estado Liberal, cujo traço característico seria, justamente, a quase ausência do poder público na vida dos indivíduos. Mas parece relevante perceber que, em muitas hipóteses, a maneira mais eficiente de o Estado atuar é, justamente, deixando de agir em certas circunstâncias em que ele, em regra, atuaria. Nesses casos, a norma jurídica, para atingir o escopo socialmente relevante, opta por afastar a atuação do poder público.

Uma das possíveis abstenções integrante de políticas públicas seria a concessão de benefícios fiscais, utilizados como forma de estimular economicamente setores ou grupos específicos de pessoas, abstendo-se o Estado da cobrança de tributos para determinadas hipóteses. Uma isenção fiscal, concedida nos termos descritos nos artigos 176-179 do Código Tributário Nacional - CTN, representaria bem a situação que se almeja descrever neste item.

Não se está a dizer que todas as formas de incentivo fiscal compõem, sempre, políticas públicas, pois essas são integradas por diversos elementos e exigem, conforme se vê neste item, múltiplos subsídios. Diz-se, apenas, que os estímulos tributários podem, sob certas conjunturas, fazer parte de um programa governamental organizado para atingir objetivos determinados.

Como no exemplo apresentado, o *não-fazer* pode, associado a outras manifestações estatais, mostrar-se como uma adequada forma de intervenção. É fato que seria difícil, quiçá impossível, imaginar uma política pública formada exclusivamente por abstenções estatais. O alcance daqueles objetivos contidos no artigo 3º da Carta Magna exige, ao menos parcialmente, condutas ativas, de forma que é razoável ponderar que, em sua essência, as políticas públicas se desenvolvem a partir de atuações estatais positivas, embora possam ser complementadas por posturas abstencionistas.

⁶⁸ A Função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal*, Brasília, n° 28, jan./mar. 2005, p. 51, grifo nosso.

Nessa senda, embora existam várias ações direcionadas à saúde, há benefícios fiscais em prol de indivíduos portadores de algumas graves patologias, do que é exemplo o artigo 6º, XIV, da Lei nº 7.713/88, que trata da isenção de imposto de renda para doenças como a tuberculose, o câncer e a hanseníase. Esse dispositivo pode ser visto como integrante da política pública de saúde, complementada, decerto e principalmente, por atitudes concretas, como a existência de unidades de atendimento hospitalar e programa de distribuição de fármacos.

Outro exemplo, nessa mesma linha, são as imunidades para livros e periódicos, contidas na CF/88 (art.150, VI, *d*)⁶⁹, complementares e integrantes da política pública de educação, esta última formada, em especial, pela existência de uma rede de estabelecimentos de ensino público e seus respectivos profissionais, mas complementada pelo benefício fiscal mencionado.

Para ser coerente com os pressupostos do item anterior, identifica-se, mesmo nessas hipóteses de *não-fazer*, um momento de concreção. Nas isenções fiscais, por exemplo, há necessidade de serviços administrativos aptos a receber dos contribuintes os pleitos para usufruto da benesse ou, ao menos, vocacionados a apurar a ocorrência dos fatos geradores isençionais.

O *fazer* pode ser visualizado em múltiplas atividades, sejam elas do próprio Estado e por quem lhe faça as vezes (como as entidades do terceiro setor), sejam praticadas por integrantes da própria sociedade civil, os quais devem adotar, na sua vida cotidiana, comportamentos alinhados com os interesses expostos nas normas jurídicas. Isto é, tanto o Estado como os particulares podem ser obrigados ao *fazer*.

O comportamento desejado pode atingido: 1) mediante indução (incentivo a comportamentos); 2) pela obrigação de adotar condutas; 3) ou pela proibição pura e simples. Como exemplo do primeiro caso tem-se a concessão de vantagens para a compra de automóveis menos poluentes (inserida dentro da política pública ambiental). As obrigações/deveres se multiplicam no sistema jurídico, qual o encargo dos pais e responsáveis pela vacinação das crianças, quando recomendada pelas autoridades sanitárias, conforme artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 (integrante da política de saúde). Exemplo de impedimento seria a vedação ao fumo em locais fechados (integrante da política pública ambiental e da política pública de saúde).

⁶⁹ Constituição Federal. Art. 150, inciso VI, alínea *d*. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) *d*) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Destarte, malgrado as obrigações sejam normalmente assumidas pelos organismos governamentais compromissados com o desenvolvimento e a manutenção de inúmeros serviços públicos, além de preservar uma gama enorme de direitos, as pessoas físicas e mesmo jurídicas não estatais são muitas vezes chamadas a integrar o esforço coletivo para o alcance das finalidades consideradas importantes.

As condutas administrativas, embora sejam as mais visíveis (notadamente para efeitos de controle judicial), são apenas uma parcela daqueles comportamentos integrantes das políticas públicas. Atos da sociedade civil e de particulares, como se viu, podem delas fazer parte, sendo um dado a ser levado em conta, notadamente para identificação dos regimes jurídicos aplicáveis em eventuais testilhas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 4 BASE LEGAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Introito

Como uma expressão do poder estatal, é da mais alta relevância perquirir qual seria a base legal das políticas públicas. Em outros termos: as políticas públicas devem vir delineadas integralmente em leis (aqui entendidas em sentido formal, como atos emanados do Poder Legislativo e em seguida ao devido processo parlamentar)? Existe algum espaço reservado ao Poder Executivo para auxiliar na gênese do regime jurídico de determinada política pública?

Inevitável, neste item, examinar a atual compreensão científica do princípio da legalidade, bem como os fenômenos a ele conexos e aplicáveis ao funcionamento da Administração Pública.

Não se pretende, importante ressaltar, reduzir as políticas públicas a um aspecto meramente normativo. O efeito visível, especialmente dos direitos econômicos e sociais, depende de variadas medidas em distintos campos, como o político, o social e o administrativo, em permanente busca para satisfazer os fins indicados normativamente.⁷⁰ Isso, inclusive, foi destacado em tópico prévio, quando se ressaltou que a fase de cumprimento integra a política pública. De fato, a norma é apenas um ponto de partida, de onde são adotadas as providências de efeito tangível⁷¹, não havendo políticas públicas apenas *em teoria*.

A abordagem deste capítulo mostra-se ainda mais necessária quando se percebe que, em concreto, muitas políticas públicas são veiculadas por decretos, portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público. Questionamentos sobre a higidez constitucional desses mecanismos tornam-se plausíveis, principalmente sob uma cultura jurídica ainda com fortes resquícios da divisão intransigente entre os Poderes constituídos e de pouco material dogmático que explique a transição para um novo modelo.

A concepção tradicional do princípio da legalidade remeteria à necessária conclusão de que todos os elementos das políticas públicas deveriam ser definidas em lei formal, aprovada por um parlamento após o regular processo legislativo. Não bastaria, dentro desse

⁷⁰ KRELL, Andrés J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 21.

⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (org.). *Ação Civil Pública: lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 734.

esquema tradicional, uma simples lei contendo normas genéricas e pouco detalhadas, sendo imperioso um diploma normativo (ou um conjunto deles) que contivesse um planejamento estatal minudenciado, pormenorizando como o Estado deveria fazer para atingir os objetivos estabelecidos na Constituição, os meios necessários para tanto e todos os demais elementos expostos no item precedente. Nessa forma de olhar, a(s) lei(s) deveria(m) esgotar todos os elementos/ pressupostos da política pública.

Aos decretos e outros atos do Poder Executivo (tais como portarias, resoluções, ordens de serviço, etc.) remanesceriam atividades meramente regulatórias, destinadas a complementar, sem nenhuma inventividade, o supostamente exaustivo e completo trabalho feito pelo legislador.

Esse seria o esquema apontado, dentro de uma visão tradicional, como típico das sociedades ocidentais democráticas, nas quais coexistem, autonomamente, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Vários fatores têm colocado sob revisão o clássico princípio da tripartição dos Poderes. Desde a nova responsabilidade desempenhada pelo Judiciário a partir da preponderância do Texto Constitucional como parâmetro decisório, passando pela crise das casas legislativas, até a natureza cada vez mais complexa das atividades do Estado, o fato é que o clássico esquema de Poderes rigidamente divididos não mais funciona, ao menos nas democracias ocidentais do século XXI.

Principalmente em um país que, como o Brasil, adotou modelos de concessão/missão de serviços públicos a particulares, a chamada *deslegalização* (examinada em tópico futuro) assume contornos essenciais em temas de alta complexidade técnica. Os espaços deixados ao Poder Executivo aparecem, em alguns casos, como necessidades cogentes dos modelos estrutural-organizativos adotados pelos países, remetendo ao problema de definir os limites das atividades administrativas. O debate possui fortes consequências práticas, como se verá adiante, especialmente ante o poder normativo das agências reguladoras, erigido como uma das respostas possíveis à complexidade do processo de controle estatal de atividades caracterizadas por técnicas em constante evolução.⁷²

⁷² APPIO, Eduardo. *O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Op. cit., p. 232.

4.2 O princípio da separação dos Poderes em um Estado Democrático no século XXI

Parece haver certa consonância de que a visualização dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário como compartimentos estanques está superada. O entendimento oitocentista, fulcrado em atuações puras e claramente discerníveis, embora tenha cumprido papel importante em dado momento histórico, é altamente questionável nos dias que correm, merecendo a exegese do artigo 2º da Carta Magna (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”) uma revisão profunda.⁷³

Em primeiro lugar, entender o Judiciário como um Poder sem qualquer tarefa criativa é dificilmente sustentável, observando, dentre os fatores, seu desempenho proeminente para resolver matérias outras deixadas à arena política, bem como pelas características fluidas das normas principiológicas, hoje referenciais indiscutíveis do sistema jurídico e parâmetros decisórios cada vez mais utilizados.

Em igual medida, a atividade do Executivo ao editar decretos e outros atos de igual feitio reveste-se de alguma criatividade, sendo ilusório idealizar um trabalho desse caráter sem qualquer inovação normativa. A Emenda Constitucional nº 32/2001, ao modificar o artigo 84, inciso VI, da Carta Magna⁷⁴, veio apenas confirmar esse entendimento.

A teoria da separação dos Poderes, além de influenciar de maneira decisiva as estruturas governamentais em diversos sistemas jurídicos, criou uma ideologia com profundas raízes em nossa forma de pensar o Estado e de analisar as fronteiras da atuação de cada vertente das entidades públicas.⁷⁵ Não se almeja perscrutar analiticamente esse desenho teórico, mas apenas advertir acerca da influência que ele teve (e continua a ter) na tradicional formulação: o Poder Legislativo é responsável por criar as leis, o Executivo administra a partir das regras genericamente postas pelos parlamentos e o Judiciário decide os conflitos com lastro no que fora previamente normatizado.

Esse raciocínio, de inegável importância histórica e com reflexos presentes na estrutura organizativa dos Estados contemporâneos, dominou durante longo período a mente

⁷³ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”, Op. cit., p. 85/90.

⁷⁴ Constituição Federal. Art. 84, inciso VI. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (...).

⁷⁵ “A crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça; e, nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade, volume 1. 2 ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 305.

dos juristas, rendendo ensejo a concepções baseadas na premissa de que o magistrado não cria direito, mas apenas descobre as normas previamente contidas no sistema.⁷⁶ Nesse diapasão, o trabalho do intérprete, apoiado nos conhecidos cânones interpretativos, seria o de investigar o *real* sentido do texto, a *verdade* contida nos enunciados linguísticos. O Executivo, por seu turno, apenas aplicaria os comandos legais; como o nome indica, um mero executor desprovido de margem para decidir além das fronteiras legais previamente estabelecidas.

Nos tempos do Estado Liberal, marcado pelas chamadas liberdades negativas, de predomínio das normas de direito privado (naturalmente lavradas em termos mais concretos) e de um direito público ainda carente de aprimoramento, a tese do jurista revelador de sentidos encontrava maior respaldo. Constituía quadra anterior à força normativa dos princípios jurídicos, época de um direito cuja aplicação era menos problemática, oportunidade em que a espécie de raciocínio acima mencionado apresentava-se mais facilmente ajustada às necessidades dos operadores jurídicos.⁷⁷

Com essa referência não se pretende desaprovar o caráter muitas vezes complexo que as disciplinas do chamado *direito privado* apresentam, tampouco a natureza principiológica que, nos dias atuais, traz muitas normas daquelas matérias, mas apenas ressaltar que no contexto de grande parte do século XX predominavam normas e abordagens mais diretas das regras jurídicas.

Faz-se incontornável examinar o princípio da separação entre os Poderes das doutrinas que, notadamente na segunda metade do século XX, advogaram a necessidade de não apenas garantir a contemplação, nos documentos constitucionais, de normas promotoras de uma vida digna, mas também (e principalmente) garantir o fidedigno acatamento de seus preceitos no mundo dos fatos, inclusive pelo Judiciário.

Como diz Paulo Bonavides, a separação dos Poderes inspirada pela doutrina da limitação das competências do Estado apresenta certos caracteres; já inspirada pela teoria dos direitos fundamentais apresenta outra fisionomia: ali exhibe rigidez e protege abstratamente o

⁷⁶ Nesse sentido o pensamento de Marcos Bernardes de Mello, reproduzindo a doutrina de Pontes de Miranda: “(...) Excepcionalmente, o sistema jurídico permite ao juiz decidir segundo a equidade, oportunidade em que lhe cabe a tarefa de *revelar o direito* segundo os valores que o inspiram (o sistema). Afora essa hipótese, ao juiz compete aplicar as normas postas pelo legislador, decidindo os casos concretos” (*Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, Op. cit., p. 30, grifo nosso).

⁷⁷ Jürgen Habermas, ao comentar as características do Estado Liberal, chega a essa conclusão, afirmando que “o legislador criou uma situação fácil de compreender” (*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Op.cit., p.305). No mesmo sentido, Gustavo Zagrebelsky: “En el Estado liberal de derecho no se sentía la agudeza de estos problemas y la interpretación podía reducirse a la búsqueda del significado de las normas queridas por el legislador”. (*El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Op. cit., p. 145).

conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado;⁷⁸ hoje, o foco é o desenvolvimento de uma qualidade de vida sadia aos cidadãos, cabendo a cada peça da engrenagem estatal desenvolver suas atividades em prol desse desiderato. O direito brasileiro, na ciência e nas cortes de Justiça, atento às atuais prescrições constitucionais que, desde seus primeiros artigos, procuraram estabelecer um compromisso com os direitos essenciais de variadas matizes, precisa realinhar (como vem fazendo) sua visão sobre o instituto.

Mesmo porque, sob a ótica de alguns, a separação dos Poderes acabou por servir, noutras épocas, ao fortalecimento da Administração Pública, mero pretexto para torná-la imune ao controle judicial.⁷⁹ Separar, noutras épocas, teve o propósito de arrefecer as possibilidades legais de o Judiciário determinar mudanças administrativas a partir da iniciativa dos cidadãos.

Embora as lições de seus criadores continuem a ser de grande valia, o primado da divisão dos Poderes não pode ser examinado como algo abstrato, dissociado dos pressupostos históricos, sendo imperiosa sua contextualização, merecendo ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente.⁸⁰ Ademais, não tem foros de absolutismo, convivendo que está com inúmeros outros princípios, como o da inafastabilidade do controle judicial, expressamente consignado no artigo 5º, XXXV, da mesma Constituição.⁸¹

Quer dizer, a ideia em si não está superada, mas apenas precisa ser vista sob uma nova perspectiva, mesmo porque o modelo jurídico do Estado Social – dotado de normas que buscam forjar certa realidade – exige um Poder Judiciário que interfira, em alguma medida, nos demais organismos estatais⁸², perfil estranho às Cartas existentes quando da gênese daquele primado. O foco da atuação judicial desloca-se, pois, da separação pura e simples dos Poderes para a necessidade de proteger e concretizar os direitos fundamentais. Por isso o sistema adotado no Brasil não seria o da "separação de Poderes", mas sim o do "balanceamento dos Poderes".⁸³

⁷⁸ *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 586.

⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 13.

⁸⁰ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 3 maio 2012. No mesmo sentido: CYRINO, André Rodrigues. *Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 26.

⁸¹ Constituição Federal. Art. 5º, inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁸² NEVES, Edson Alvisi. Jurisdição Ativa no Estado Democrático de Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) et al. *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*, Op. cit., p. 72.

⁸³ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7177>>. Acesso em: 16 maio 2011.

O Judiciário, em um Estado Democrático de Direito sob a influência das teorias que buscam concretizar os direitos fundamentais, acaba atuando como um intermediário entre o “poder político-legislativo” e a sociedade, esta entendida como “sede de los casos que plantean pretensiones en nombre de los principios constitucionales”.⁸⁴ Desempenha a tarefa de permitir aos destinatários das normas (ou aqueles que podem atuar em nome do interesse coletivo, como o Ministério Público) interagir com o sistema político e impugnar ações (ou omissões) juridicamente relevantes.

Perceptível que nos debates hodiernos, o tema da efetividade dos direitos acaba por representar capítulo necessário quando do exame da divisão dos Poderes, assumindo o Judiciário, sob quaisquer correntes de pensamento ou ideologia hoje em voga, respeitável papel nesse ponto.⁸⁵ Como isso não se quer dizer, o lembrete é sempre oportuno, que deva agir ante qualquer episódio, mas apenas que o pressuposto teórico adotado é de que o Judiciário é um Poder voltado a cominar efetividade ao ordenamento jurídico.

A necessidade de concretização de normas é o esteio justificador da atividade do Poder Judiciário diante da atual quadra do Estado Democrático de Direito, postura que decorre, dogmaticamente, do que ficou conhecido, em solo nacional, como *doutrina brasileira da efetividade*, movimento de claros contornos pós-positivistas.⁸⁶ Conquanto definir em que medida as normas se realizam no mundo fenomênico seja, exatamente, o grande problema dos intérpretes, a expectativa de um direito *concretizável* é um rumo crível.

Para quem está acostumado a raciocinar dentro de uma lógica democrática e de Poderes “divididos”, é inegável o desconforto em admitir a existência de “juízes legisladores” (ou apenas criativos), mesmo porque a formação dos estados ocidentais preserva o mecanismo das leis formuladas por órgãos colegiados e representantes democraticamente eleitos. Em que pese o desprestígio que os parlamentos experimentam nos dias atuais, subjaz, no inconsciente coletivo, a importância da lei e da atividade parlamentar. As palavras de Rousseau no seu

⁸⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, Op. cit., p. 149.

⁸⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 95.

⁸⁶ Por todos os estudos relativos a efetividades das normas jurídicas, cita-se o trabalho de Luis Roberto Barroso que, nesse ponto, encontra fundamento na máxima de que “o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio” (*Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 254). A concretização dos direitos fundamentais e o fortalecimento dos mecanismos e instituições aptos a defendê-los (inclusive o Judiciário) estão no cerne da atual ideologia prevalente no direito, como se vê no trabalho de Paolo Comanducci: *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, nº 16, 2002, p. 97.

Contrato Social ainda ecoam em nas mentes (“Haveria necessidade de deuses para dar leis aos homens”⁸⁷).

A força de certas palavras acaba contribuindo para manter algum preconceito sobre o estudo acerca dos limites do trabalho judicial. Pronunciar que os magistrados *legislam* pode criar dificuldades adicionais, pois seriam naturais questionamentos sobre o conceito material de *legislar*. Falar em *criatividade judicial* ou *magistrados criativos* soa mais exato e menos suscetível a debates, ao final, desimportantes.

Parece mais razoável compreender que os aplicadores do direito, para atingir as resoluções dos casos concretos (mesmo quando diante de preceitos de sentido abrangente), malgrado façam trabalho inventivo, perpetram-no dentro de fronteiras, balizas que estabelecem parâmetros decisórios.⁸⁸ Os documentos legislativos enunciam conteúdos mínimos e vinculantes para o aplicador, que não dispõe de uma liberdade absoluta para encontrar as saídas (juridicamente válidas) para os problemas.

O ambiente jurídico hoje vivenciado na doutrina contemporânea – a força normativa dos princípios, as teorias pós-positivistas, o neoconstitucionalismo – forjou uma conjuntura em que imaginar um aplicador do direito meramente descobridor de normas ou tomar como pressuposto científico a incidência automática é de difícil sustentação científica e de pouca utilidade prática⁸⁹. Se existe um caráter instrumental na ciência do direito (e parece razoável supor que existe), esse corrente de pensamento pouco auxilia os operadores jurídicos⁹⁰, mesmo porque não se mostram preocupadas com a interpretação dos textos jurídicos ou com o desenvolvimento dos argumentos a ser abordados na solução das controvérsias acadêmicas e jurisprudenciais. Seriam, dessa forma, doutrinas pré-hermenêuticas.⁹¹

⁸⁷ ROUSSEAU, J.J. *O Contrato Social*: princípios de direito político. 4 ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

⁸⁸ HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.352.

⁸⁹ A expressão neoconstitucionalismo é tomada neste trabalho como o movimento teórico (sem uniformidade de pensamento, frise-se) que, em linhas gerais, alvitra: a preponderância de princípios sobre regras; a ponderação no lugar da subsunção; a justiça particular em lugar da justiça geral; o Poder Judiciário mais forte do que o Legislativo e o Executivo; maior uso da Constituição do que das leis. Assim: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede.asp>>. Acesso em: 19 set.2012.

⁹⁰ Destaque-se o trabalho do Professor Marcos Bernardes de Mello e sua tentativa de tentar conciliar a aplicação dos princípios jurídicos aos pressupostos da teoria do fato jurídico: Notas sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas. *Revista do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas*, Maceió, Edufal, v.2, nº 3, p. 79/114, 2008.

⁹¹ KRELL, Andreas J. As Dificuldades de Teorias “Pré-Hermenêuticas” com o Direito do Estado Social Moderno. *Revista do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas*, Maceió, Edufal, v. 2, nº 3, 2008, p.34.

Outro ponto que não pode ser desconsiderado quando em exame o funcionamento dos Poderes é a necessária especialização técnica dos órgãos administrativos. Desde assuntos estreitamente vinculados à tecnologia (como energia e telecomunicações), passando por matérias tradicionais (como saúde e educação), os temas relevantes apresentam uma crescente exigência de conhecimentos especializados. Por isso, a técnica clássica de legislação acaba por ceder espaço a uma normatização menos densa, permitindo as necessárias adaptações, feitas pelos documentos infralegais, que acompanhem o surgimento de novas tecnologias e evitem o arcaísmo das leis.⁹²

Em se tratando de normas sobre direitos sociais (de notória importância para o tema em estudo), a realidade subjacente à lide integra a atividade criativa do julgador, influenciando na exegese dos textos legais (principalmente dos princípios alocados no cume do sistema) e determinando o real alcance dos preceitos. O nível de descumprimento dos direitos, os valores existentes na sociedade, os reflexos sócioeconômicos das decisões, dentre outros, compõem os itens a ser observados na construção das normas aplicáveis a cada caso.

A atividade normativa do Poder Executivo e a função corretiva do Poder Judiciário no trato das políticas públicas devem estar atentas a essa circunstância e à complexidade a elas inerente.

Diante de tal contexto, o trabalho argumentativo do administrador, sua capacidade de justificar os atos praticados, assume uma dimensão de mais alta relevância, sendo decisivo para considerar legítimo o exercício das competências regulamentares⁹³, principalmente quando no bojo de políticas públicas. Superada a concepção de que o ato regulamentar é meramente *executivo* daquilo que fora fixado de maneira supostamente exaustiva pela lei formal, haveria sempre uma contribuição do regulamento (entendido, neste trabalho, como todos os atos emanados das entidades administrativas dotados de poder normativo), pois o

⁹² DANIEL, Juliana Maia. *Discrecionabilidade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*, Op. cit., p. 99.

⁹³ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3 ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 20.

processo exegético do direito sempre envolve alguma inventividade.⁹⁴ Nesse sentido, parte-se da perspectiva de que todo regulamento é, ao mesmo tempo, executivo e criativo.⁹⁵

Deixa-se assentado, pois, que os pressupostos teóricos desta monografia repousam na concepção de que os magistrados agem com lastro na inafastabilidade do controle judicial, nos contornos atualmente desenhados para o princípio da separação dos Poderes (e da função nele reservada ao Poder Judiciário) e, umbilicalmente vinculada aos dois itens anteriores, na necessidade de concretizar (em alguma medida) as normas jurídicas (regras e princípios), inclusive as constitucionais.

Malgrado se parta da ideia de uma jurisdição constitucional forte, nenhum desses marcos ou pressupostos, advirta-se, é operado a partir de perspectivas absolutas. A hodierna complexidade do direito não permite reduções simplistas. A maneira como se desenharam e a base teórica de onde partem estão diluidamente expostas ao longo dos capítulos.

4.3 A Constituição Federal e o seu papel na regulação jurídica das políticas públicas

Em qualquer análise que busque as raízes jurídicas de um problema, a Constituição Federal, notadamente em um ambiente jurídico de altíssimo prestígio das suas disposições, torna-se um referencial importante para o intérprete. A Carta Magna de 1988, compreensivelmente, não definiu o que seriam políticas públicas, nem previu, com detalhes, todas as existentes no sistema brasileiro, embora tenha feito diversas referências ao termo.

Em período de marcante importância das disposições constitucionais e fortalecimento das instituições destinadas a garantir a aplicabilidade das regras ali contidas, é imperioso concluir que, em maior ou menor medida, o regime jurídico das políticas públicas, em todos os níveis de governo, é diretamente influenciado pela Constituição Federal de 1988⁹⁶, mesmo

⁹⁴ Adrualdo Catão afirma que: “(...) não fazendo sentido falar-se numa essência significativa nos textos normativos, só com a análise do momento histórico da aplicação é que o sentido do texto é dado, o que demonstra a necessidade de uma visão pragmática da interpretação do direito” (*Decisão Jurídica e Racionalidade*: Maceió: Edufal, 2007, p. 39/56). Hans Kelsen foi partidário da tese de que toda aplicação do direito envolve, salvo na execução de atos coercitivos estatuídos por normas individuais, alguma criação. Nesse sentido a sua *Teoria Pura do Direito*, Op. cit., p. 261.

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Belo Horizonte, Ano 16, nº 65, Out./Dez. 2008, p. 13. Para certa corrente de pensamento, haveria diferença entre regulamentação (através de regulamento) e regulação (através de atos das agências); o primeiro teria conteúdo político; o segundo, apenas técnico (CYRINO, André Rodrigues. *Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República*, Op. cit., p. 74). Prefere-se não fazer a distinção, pois se trabalha a ideia da interpenetração das características técnicas e políticas.

⁹⁶ “Evidentemente, como a Constituição brasileira é indubitavelmente programática (ou dirigente) – traça planos, diretrizes e metas – a seus destinatários. Em larga medida, o fundamento da própria política pública está desenhado no texto constitucional, o que gera, em muitos casos, a justiciabilidade desses direitos e toda a polêmica que o tema contém. É dizer, a Constituição é um importante elemento de referência e validade para o

porque o texto foi generoso em dispositivos disciplinadores dos mais variados assuntos e domínios. Isso pode ser visto tanto naqueles preceitos estabelecadores de normas de direito material, como nos fixadores de competências institucionais para editar leis e praticar atos administrativos.

Os dispositivos orçamentários dispostos na Lei Maior (a lei orçamentária, a lei de diretrizes orçamentárias e os planos plurianuais) podem, também, ser considerados expressões jurídicas de políticas públicas, já que, como visto, a alocação de recursos financeiros é meio imprescindível para que existam ações organizadas.

Importante não esquecer, sob pena de se incorrer, tal qual grande parte da doutrina e jurisprudência nacionais, no crônico equívoco de não fazer uso das normas oriundas dos documentos de direito internacional, em especial dos tratados celebrados pela República Federativa do Brasil, os quais podem ostentar a mesma hierarquia das normas contidas na Carta Magna.

A título exemplificativo, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (área de políticas públicas relevantes) ingressou no sistema constitucional brasileiro por força do Decreto-Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, e do Decreto de Promulgação nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, trazendo novos parâmetros para a investigação do problema. Este último instrumento, aliás, deixou claro que o Congresso Nacional aprovou a Convenção nos termos do §3º do artigo 5º da Carta Magna⁹⁷, de forma que poucas dúvidas restam de que se trata de norma com *status* constitucional.

Assim, quando se fala em normas constitucionais considera-se a possibilidade de que sejam integradas não apenas por aquelas produzidas pela Assembleia Nacional Constituinte na década de oitenta do século passado e suas reformas subsequentes, mas também por preceitos tecidos em acordos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil e que estejam em vigor.

Pois bem. Relevante consignar que o fundamento último de qualquer política pública em nosso sistema jurídico reside na Constituição Federal (e normas de semelhante hierarquia). Não quer isso dizer que as políticas públicas estejam globalmente formuladas no Texto Maior, mas apenas que, ali, encontram referenciais acerca do seu regime jurídico e, em alguns casos,

desenvolvimento de inúmeras políticas públicas nas diversos segmentos e atividades por ela regulados, traçando em maior ou menor grau, os próprios elementos da política pública que devem ser desenvolvidos e concretizados”. FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil*, Op. cit.

⁹⁷ “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, nos termos do preceito incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

um conteúdo mínimo. A abarcante Norma Ápice de nosso sistema, ainda que em rápidas passagens, menciona os temas mais importantes para a vida em sociedade, influenciando, de forma direta ou mesmo indireta, as atividades do Estado brasileiro, mesmo porque as políticas públicas servem à garantia dos direitos fundamentais, estes previstos em posição privilegiada naquele documento.

Pode-se dizer que nenhuma política pública está contida, em sua integralidade, na Carta de 1988 (ou em documento internacional de igual hierarquia), embora sejam influenciadas por ela em alguma medida.

Ainda que reconhecendo caráter normativo à Constituição (o que, hodiernamente, é indubitável), é equívoco imaginar que ela seja sempre exequível por si mesma, permanecendo a importância da atividade regulatória desempenhada pelos legisladores ordinário e complementar.⁹⁸ Mesmo uma Carta prolixa como a brasileira não pode regular todos os assuntos integralmente, embora sua influência seja sentida em quase todos os confins do sistema jurídico.

A Constituição, por um lado, protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los; por outro, atribui as decisões fundamentais sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.⁹⁹

Outro lembrete importante, normalmente olvidado, é que a Carta de 1988 faz a partilha constitucional de competências entre as entidades políticas (União, estados-membros e municípios), o que se torna ainda mais relevante em um estado federal, como é o caso brasileiro. Além de garantidora de direito – aspecto hoje em evidência – é somente a partir da divisão de tarefas fixada na Constituição Federal que é possível estabelecer as bases para as diferentes entidades agirem, o que a torna o elemento angular da estrutura federativa brasileira.

Uma constituição, além de uma carta estabelecadora de direitos e garantias individuais, é basicamente um documento definidor de competências. Realmente, ao passar os olhos sobre o texto constitucional brasileiro, o leitor logo percebe que vários de seus dispositivos dedicam-se a estabelecer, de forma peremptória, o que cada entidade política

⁹⁸ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm> Acesso em: 20 mar. 2011.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, nº 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>>. Acesso em: 8 janeiro 2012.

pode e/ou deve fazer, de que maneira atuar, quais autoridades podem e/ou devem operar em determinadas áreas e quais as circunstâncias que autorizaram o agir.

Embora a divisão de competência e seus reflexos estejam, na atualidade, dogmaticamente em segundo plano, continua um aspecto capital das políticas, porquanto parte das discussões centra-se, justamente, em definir *quem* é responsável por executar certas ações ou *quem* pode regular certo assunto.

Em resumo, a Constituição Federal influencia o regime das políticas públicas: a) estabelecendo as matérias sobre as quais cada entidade política pode editar leis, regendo, dessa forma, as competências legislativas; b) disciplinando a capacidade de agir no cumprimento dessas mesmas leis (do que é exemplo o seu art. 23,); c) fixando um conteúdo material sobre diferentes temas, prescrevendo, para alguns casos, a edição de regras impositivas; d) prevendo e disciplinando direitos fundamentais; e) estabelecendo princípios a ser atendidos, como os objetivos fundamentais previstos no seu artigo 3º.

4.3.1 O uso do termo política no texto constitucional e seus reflexos

Tomando como referência o vocábulo *política*, busca-se, doravante, identificar se existe uniformidade na maneira como a Constituição Federal de 1988 tratou o tema das políticas públicas.

Encontra-se o termo *política* (no sentido aproximado que interessa a este trabalho) nos seguintes dispositivos da CF/88: artigo 22, VII (política de crédito), IX (política nacional de transportes); artigo 23, XII (política de educação para a segurança no trânsito); artigo 39 (política de administração e pessoal de União, Estados, Distrito Federal e Municípios); artigo 127, §2º (política remuneratória e planos de carreira dos servidores do Ministério Público); artigo 165, §2º (política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento); artigo 175, III (política tarifária dos serviços públicos).

Na mesma senda, o Capítulo II do Título VII é intitulado “Da Política Urbana”; o Capítulo III do mesmo Título VII é chamado “Da Política Agrária e Fundiária e da Reforma Agrária”. Nessas seções, vários dos seus dispositivos voltam a fazer uso do termo.

Além dessas passagens, a expressão volta a aparecer: no artigo 196, que estabelece a garantia da saúde por meio “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; no artigo 200, IV (política de saneamento básico); artigo 204, II (políticas de assistência social); no artigo 227, §§1º e 8º (políticas de assistência às

crianças, adolescentes e jovens). No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias existe referência, no artigo 50, a “objetivos e instrumentos de política agrícola”.

Em alguns casos, ao utilizar o termo política, o legislador constituinte o fez com o sentido de *regime jurídico*, e não necessariamente na acepção aqui tomada. É o caso, por exemplo, do 127, §2º, da CF/88 (pertinente à política remuneratória e planos de carreira dos servidores do Ministério Público). O sentido da frase está associado não a planos governamentais para atingir objetivos determinados, mas ao conjunto de normas regentes daquela matéria.

O constituinte, isso é sabido, nem sempre prezou pela coerência terminológica.

Cabe ainda indagar se, embora dispensado o manejo do termo *política*, a Constituição Federal tenha, sob outra alcunha ou designações, pretendido referenciar atividades estatais daquela estirpe. Esse exame deve partir dos elementos até aqui referidos como integrantes das políticas públicas. A utilidade da pergunta, dentre outras, é investigar se existe um regime constitucional das políticas públicas em nosso sistema jurídico e se a afirmativa de que toda política pública tem fundamento em normas constitucionais está, sem dúvidas, correta.¹⁰⁰

Pode ser visto que para algumas áreas, malgrado o vocábulo *política* não tenha servido de fórmula linguística, existe uma expressa previsão legal de atuações organizadas e planejadas do Estado. É o caso da educação, em que os artigos 205-214 da CF/88 demonstram a necessidade de o poder público estabelecer programas de atividades nessa seara, tendo o constituinte delimitado alguns requisitos mínimos de como fazê-lo e por meio de quais entidades (públicas e privadas). Da mesma forma, o artigo 144 e seus parágrafos, relativos à segurança pública.

Feito esse apanhado, é de se questionar da possibilidade de, a partir da forma como utilizada a expressão *política*, se intuir algum sentido constitucional para a expressão *políticas públicas*. Ou seja, se o uso constitucional do termo pode revelar algo acerca daquele instituto e, por consequência, auxiliar a dogmática no trabalho de compreender como se desenvolvem as ações do Estado no sistema brasileiro.

A expressão, da maneira como usada, aparece com estreito vínculo com a atuação do Estado em áreas de grande interesse, expondo o imperativo de atividades a ser exercidas e aptas a alcançarem resultados em setores proeminentes da vida. Também fica explícita a coexistência entre uma fase de planejamento/normativa e outra de execução, tal como

¹⁰⁰ Asseveração feita, por exemplo, por Juliana Maia Daniel: *Discricionariedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 113.

proposto nesta monografia. É o que se infere, v.g., do artigo 182, relativo à política urbana¹⁰¹, e 187, esse último atinente à política agrícola¹⁰², pelo que parece válido concluir que a Carta Magna confirma qual é a estrutura básica de uma política pública e das suas necessárias fases de existência.

No que diz respeito aos conteúdos, as referências são tão distintas quanto as diferentes matérias tratadas na Carta. Inexiste um único regime jurídico constitucional das políticas ou um corpo de normas unitário naquele documento. É o que será analisado na sequência.

4.3.2 A densidade normativa da Constituição Federal

A maior ou menor influência da Carta Magna sobre as políticas públicas está vinculada à *densidade normativa constitucional*. A Constituição Federal não repercute da mesma forma sobre todos os assuntos, pois os trata diferentemente e com profundidades distintas. Em alguns casos, há preocupação em editar comandos em formato de regras e com alto teor de objetividade, normas cujo conteúdo básico redundava em pouca controvérsia. Nessas hipóteses, a forma constitucional de certos dispositivos representa uma vinculação maior para os destinatários das normas e para os responsáveis por efetivamente criar a política pública.

Inequivocamente, uma cláusula como a do artigo 208, I, da CF/88¹⁰³ repercute com mais intensidade quando do minudenciamento das políticas educacionais do que a do artigo 200, IV¹⁰⁴, que trata da política de saneamento básico. A abertura semântica do segundo dispositivo confere aos formuladores da política um espaço mais largo para definir os contornos do programa. Para o disciplinamento da primeira norma os limites são mais estreitos, e menores as possibilidades dos legisladores infraconstitucionais, porquanto o constituinte acabou por densificar os preceitos de forma a precificar, em maiores detalhes,

¹⁰¹ Constituição Federal. Art.182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁰² Constituição Federal. Art.187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: (...).

¹⁰³ Constituição Federal. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. Clémerson Cléve chama *direitos prestacionais originários* os decorrentes de normas desse tipo, permitindo, desde logo, o usufruto de benesses pelos cidadãos; os demais seriam *direitos prestacionais derivados*, produtores de uma dimensão subjetiva fraca, os quais demandam atuação do legislador (*O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*, Op. cit., p.7).

¹⁰⁴ Constituição Federal. Art. 200, inciso IV. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (...).

qual a conduta estatal para a educação de indivíduos com idades entre os 4 (quatro) e os 17 (dezessete) anos de idade.

A Carta Magna traz mais densidade em relação a certas políticas, estabelecendo um perfil mais objetivo e um detalhamento específico em relação a algumas arenas, diminuindo as possibilidades das autoridades responsáveis para complementar a formulação. O artigo 183 da CF/88¹⁰⁵, relativo a uma das formas de usucapião de imóveis, por exemplo, impõe um conteúdo mínimo à matéria, restringindo a atuação do Legislativo, do Executivo e mesmo do Judiciário. No mesmo sentido e com igual teor de objetividade, o artigo 203, V, da Constituição Federal¹⁰⁶, garantidor de benefício assistencial para as hipóteses que elenca.

Sobre o amoldamento de uma política pública aos ditames constitucionais, não é aceitável estabelecer, aprioristicamente e em caráter geral, quais as margens dentro das quais trabalham os formuladores das políticas, seja no Executivo, seja no Legislativo. Somente um diagnóstico dos dispositivos constitucionais de referência pode começar a oferecer respostas. Consideram-se úteis as mesmas técnicas aplicáveis ao Judiciário quando da sustentabilidade das suas decisões; em especial, cabe aos veículos introdutores das normas componentes da política embasarem-se em fundamentação sólida e que permita a sustentabilidade do ato.

Dizer, por exemplo, se a política pública de saúde atende às regras e princípios integrantes do regime jurídico constitucional daquele direito é tarefa que envolve sofisticadas análises comparativas, máxime em se tratando de garantia mutável por natureza: uma política pública hoje suficiente e constitucional pode não mais o ser daqui a dez ou vinte anos.

Indubitável que, malgrado a Constituição Federal não tenha como característica albergar, em seu corpo, a integralidade de políticas públicas¹⁰⁷, sua influência sempre existirá, uma vez que todos os assuntos proeminentes são, em maior ou menor medida, constitucionalmente regulados.

¹⁰⁵ Constituição Federal. Art.183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁰⁶ Constituição Federal. Art. 203, inciso V. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos (...) V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

¹⁰⁷ Maria Paula Dallari Bucci entende que, salvo o FUNDEB e o SUS, a Constituição não conteria políticas públicas, mas direitos cuja efetivação se dá por meio de políticas públicas. (*Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas*, Op. cit., p. 254).

4.4 Políticas públicas e seus instrumentos introdutórios de normas

Apesar dos espaços a serem deixados à tarefa das normatizações do Poder Executivo, é inevitável concluir que o meio preferencial para desenhar os contornos essenciais de uma política pública são as leis formalmente aprovadas pelos parlamentos¹⁰⁸. Diz-se isso não em obséquio a formalidades estereis ou em apego às tradições clássicas, mas como um instrumento de proteção aos administrados. Com efeito, a perspectiva de que as deliberações mais relevantes, em seus aspectos mais destacados, necessitam vir esculpidas pelo legislador não foi superada pelos novos contornos do princípio da separação entre os Poderes.

O legislador federal, em muitos casos, vem adotando a sistemática de estabelecer as decisões fundamentais sobre os diversos assuntos de interesse coletivo, como se vê nas diversas leis que vêm emergindo no sistema jurídico com o escopo de instituir políticas públicas. Basta citar a Lei nº 12.035/2010 (Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos); Lei nº 6.938/81 (Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente); Lei nº 8.742/93 (Estabelece a Política Nacional de Assistência Social); Lei nº 8.171/91 (Dispõe sobre a Política Agrícola).

Feitas essas considerações, é de se indagar da possibilidade de ao menos alguns aspectos de uma política pública virem embasados em uma portaria, instrução normativa ou outro ato administrativo de teor regulamentar. Isso remete à problemática do fenômeno conhecido como *deslegalização*.

Diante do caráter cada vez mais complexo das funções estatais, os assuntos de interesse público exigem conhecimentos especializados. É o caso das telecomunicações, energia, transportes e outras áreas de interesse público que demandam normas que agreguem conhecimentos técnicos altamente específicos. Os documentos legislativos, quer pelas características do processo legislativo, quer pela formação heterogênea dos parlamentares, quer mesmo pelas funções específicas daquelas casas (destinadas a tomar decisões de superior importância, e não a deliberar sobre detalhes regulatórios), não se mostram adequados a essa tarefa.

A partir dessa constatação, vem se admitindo que específicas parcelas da atividade legislativa sejam transferidas para o interior da própria Administração, sem que isso represente delegação ou transferência de competências das casas legislativas, as quais permanecem com a tarefa de tomar as decisões políticas básicas para a sociedade. O

¹⁰⁸ “Cabe, portanto, ao Poder Legislativo a definição sobre quem vai receber estas prestações sociais, e quais as prioridades, através do processo orçamentário”. NUNES, José António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, Op. cit., p. 101.

legislador, ademais, não abdica de suas capacidades institucionais, podendo sempre desempenhar suas funções e assumir a normatização da matéria, pois deve ser observado o *princípio da preferência da lei*, segundo o qual o fruto do trabalho legislativo tem primazia sobre outras formas veiculadoras de normas, principalmente do Executivo.

De toda forma, alguma parcela criativa acabará ficando sob a responsabilidade do Poder Executivo, em atividade complementar às leis formalmente traçadas nos parlamentos. A concretização das normas, como dito noutra ponto, assume, via de regra, alguma parcela de inovação, pois a imagem da Administração Pública como meramente aplicadora de leis está ultrapassada.

Os limites entre o poder de legislar e regulamentar são comumente tênues¹⁰⁹, o que torna ainda mais complicada a tarefa de identificar o acerto do comportamento administrativo ao regulamentar dispositivos de lei. Difícil, quiçá irrealizável, uma atividade executiva sem qualquer traço de criatividade, gerando a constante dúvida (e debates judiciais) sobre se não foram excedidos os limites da atividade regulatória. Ao Congresso Nacional, inclusive, compete sustar os atos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, nos termos do artigo 49, V, da CF/88¹¹⁰, revelando que esse foi um conflito antevisto pelo próprio constituinte.

Não é possível, realmente, deixar a integralidade da normatização ao Executivo, já que o Parlamento deve traçar as linhas gerais, as diretrizes e as finalidades da política pública, fixando conceitos a ser observados pelas autoridades administrativas, inclusive pelas agências reguladoras.¹¹¹

O estabelecimento dessas linhas mestras, feito de maneira a fornecer supedâneo ao trabalho posterior da Administração, será suficiente para não afrontar o Estado Democrático de Direito, compatibilizando a necessidade administrativa de regular atividades complexas com a observância de garantias mínimas aos cidadãos. O reconhecimento dessas garantias mínimas em sua inteireza, porém, apenas pode ser feito em face de cada habilitação legal específica.

¹⁰⁹ KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, Op. cit., p. 67.

¹¹⁰ Constituição Federal. Artigo 49, inciso V. É da competência exclusiva do Congresso Nacional (...) V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; (...).

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*, Op. cit., p. 14. No mesmo sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*, Op. cit., p. 96; KRELL, Andreas. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, Op. cit., p. 81.

Como parâmetro para descortinar os limites da atividade regulatória, vale destacar a *teoria da essencialidade*, desenvolvida pela Corte Constitucional Alemã, segundo a qual uma escolha será mais essencial quanto mais afetar a esfera de vida dos cidadãos, exigindo-se uma reserva parlamentar nesses casos.¹¹²

Isso indica ser inviável que uma política pública seja inteiramente traçada pelo Executivo por meio de seus atos internos (tais como portarias, instruções normativas ou mesmo decretos). As bases, as linhas gerais e fundamentais, os pontos centrais dos elementos constitutivos da política devem ser os esboçados na Constituição Federal e nas leis formais, ou seja, aquelas aprovadas pelos parlamentos. Aos administradores resta a tarefa, significativa, de preencher os detalhes, as nuances e, em especial, os aspectos técnicos envolvidos, devendo ser vistas com bastante cautela disposições que extravasem essa competência, estritamente vinculada à fixação dos pormenores incompatíveis com a atividade parlamentar.

Pode-se perquirir, com justa razão, quais seriam esses parâmetros elementares a ser contidos na lei formal. Razoável a preocupação em afastar a possibilidade de manobras que permitam, na prática, deixar ao administrador a possibilidade de legislar sobre toda a política pública, em autêntica delegação disfarçada sob cláusulas legais extremamente abertas e genéricas. Um exemplo a ser trabalhado é o da Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e sua agência reguladora.

Em seu artigo 22, III mencionado diploma estabelece que compete ao Conselho Diretor da Agência criada para regular o setor (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) a possibilidade de propor o estabelecimento e a alteração das políticas governamentais de telecomunicações. Seria a cláusula excessivamente aberta e invasiva, desrespeitadora de atribuição exclusiva do Poder Legislativo? O Supremo Tribunal Federal, provocado por força da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-DF, entendeu, em sede cautelar, que:

Quanto aos incisos IV e X do artigo 19, sem redução de texto, dar-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, com o objetivo de fixar exegese segundo a qual a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem a outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado.¹¹³

¹¹² KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, Op. cit., p. 75.

¹¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADI nº 1668-DF, Plenário. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 agosto 1998. DJ de 16/4/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

Vê-se que a Suprema Corte entendeu por privilegiar a lei formal como meio preferencial para veicular normas, colocando barreiras ao poder normativo da Agência. Essa é uma lição que deve ser tomada como paradigma.

O importante, em casos desse tipo, é examinar o conjunto das leis instituidoras e verificar a densidade das normas componentes daquelas formalmente aprovadas pelos parlamentos. Verdade que não se pode estabelecer, na dogmática, todas as hipóteses do que deveria estar ou não presente. Relevante é constatar, caso a caso, em que medida os direitos fundamentais das pessoas foram regulados pelos parlamentos e qual a parcela deixada para o administrador.

Como critério razoável, entende-se que a lei formal deve conter os traços essenciais de cada um dos elementos delineados em capítulos anteriores, ou seja, ainda que não esgotem cada um dos itens, as leis devem conter as finalidades básicas das políticas, seus princípios reitores e diretrizes, os traços (ao menos gerais) de organização e gestão; as ações governamentais, com atribuições de deveres e competências e a identificação das fontes de recursos financeiros.

A hipótese na qual uma lei, sem entrar no conteúdo da matéria, permite seja o assunto tratado inteiramente por regulamento, não tem guarida no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, pois transgride abertamente a sistemática constitucional das competências normativas atribuídas ao Poder Executivo.¹¹⁴

De se ver que as políticas públicas e seu regime jurídico podem ser compostos por uma plêiade de normas de variadas hierarquias. A bem da exatidão, é difícil conceber uma política pública completa sem, ao menos, um instrumento infralegal que lhe minudencie o conteúdo e detalhe as formas como será aplicada. A saúde, por exemplo, exhibe desde normas constitucionais, passando por leis ordinárias, até chegar a decretos e portarias regulatórias. Isso é facilmente percebido em outros ramos, mesmo porque cada departamento do Executivo, como os ministérios e secretarias de Estado, costuma editar atos destinados a regular os respectivos setores. Esse é um aspecto que será mais bem dissertado no capítulo a seguir, quando se abordará em mais detalhes a estrutura normativa das políticas públicas.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 280.

CAPÍTULO 5 A IMPORTÂNCIA DAS REGRAS PARA AS POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 Aspectos gerais da distinção entre regras e princípios

É premissa necessária estabelecer, ainda que de maneira sucinta, as diferenças entre regras e princípios. A pesquisa bibliográfica para esse ponto decerto não esbarra na carência de material, visto ser um dos temas mais discutidos pela Ciência Jurídica contemporânea. Inevitável, entretanto, tomar como paradigma dois autores, cujos trabalhos constituiriam (seja para concordância ou críticas) verdadeiras referências sobre o assunto: Ronald Dworkin, da tradição anglo-saxônica, e Roberto Alexy, vinculado à escola germânica.

Segundo aquele primeiro autor, as regras seriam aplicadas ao modo *tudo ou nada* (“all-or-nothing”), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, por seu turno, apresentariam uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre princípios, caso em que o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade; os princípios não determinariam as consequências de forma direta, ao contrário das regras, mas conteriam apenas fundamentos que deveriam ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.¹¹⁵

Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para o jurista alemão, os princípios jurídicos constituiriam espécie de normas jurídicas por meio dos quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Os princípios, portanto, possuiriam uma dimensão de peso e não determinariam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Nessa perspectiva, os princípios somente seriam concretizados mediante aplicação nos casos concretos, por meio das chamadas regras de colisão.¹¹⁶

Não se desconhecem as objeções levantadas quanto aos critérios classificatórios propostos, como, por exemplo, as contidas no conhecido trabalho de Humberto Ávila¹¹⁷ ou nos autores ligados à corrente habermasiana.¹¹⁸

¹¹⁵ *Levando os Direitos a Sério*, Op. cit., p. 39.

¹¹⁶ *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹¹⁷ *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Referido autor, malgrado proponha novo critério classificatório (lastreado na justificação necessária à aplicabilidade das normas), trabalha dentro da perspectiva que vislumbra *regras* e *princípios*, incluindo a noção de *postulado* (normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas).

A nosso juízo, todavia, as distinções acima mencionadas (as quais utilizam uma tese de separação qualitativa entre regras e princípios, baseados em critérios lógicos¹¹⁹) fornecem requisitos mínimos que permitem uma compreensão do sistema e uma leitura razoável dos textos positivados em nosso ordenamento jurídico. Com efeito, a densidade de certos enunciados normativos chamados *princípios*, sua forte conotação axiológica, a amplitude dos seus conceitos, autoriza que, sobre essa espécie normativa, incidam formas diferenciadas de análise.

As regras, nessa linha, acabam por fornecer parâmetros de rigidez maior, somente superados se houver razões suficientemente fortes, quer nas próprias finalidades subjacentes a elas, quer nos princípios a elas vinculados.¹²⁰

Chama-se a atenção, com lastro nas premissas deste item, que os princípios, embora possam vir a integrá-las, não devem ser confundidos com as políticas públicas. Essas, como visto anteriormente, buscam um objetivo a ser alcançado, melhorando algum aspecto da realidade, preocupando-se, essencialmente, com o porvir. Os princípios, em si mesmos considerados, refletem uma opção (explícita ou implícita) baseada em critérios de justiça, equidade ou moralidade, não buscando, necessariamente, atingir uma situação considerada desejável.¹²¹ Por isso mesmo, a leitura de certa cláusula principiológica pode conduzir, por exemplo, a resultados economicamente desfavoráveis, já que a função primacial dessas normas é preservar as escolhas axiológicas de dado momento histórico.

5.2 Os princípios e sua importância para o sistema jurídico

Uma plêiade de fatores gerou a eclosão, no Brasil, de estudos sobre os princípios e o reconhecimento do seu caráter normativo: a entrada em vigor da Constituição de 1988, a recepção vigorosa em nosso meio das doutrinas pós-positivistas, os esforços para construir e

Também crítico em face da distinção mencionada no corpo do texto é José Reinaldo Lima Lopes, para quem “Dizer que regras se aplicam tudo-ou-nada e princípios se aplicam por ponderação é, na verdade, usar a palavra ponderação e peso de forma meramente metafórica. Os princípios são apenas regras mais gerais” (Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, nº 160, out./dez. 2003, p. 54).

¹¹⁸ Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que “(...) o emprego de uma nomenclatura específica de regras e princípios parece-nos ligado às tradições, aos usos e hábitos jurídicos formados há mais de cem anos”, sendo cientificamente mais adequado “alardear uma mudança no paradigma da interpretação como um todo, pois fora de uma visão em torno da ponderação de valores, qual a utilidade de separar regras e princípios nos parâmetros atuais de nossa racionalidade?” (Regras e Princípios: por uma distinção normoteórica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR*, Curitiba, n.º 45, ago/2007, p. 71).

¹¹⁹ Quer dizer, a partir do raciocínio desses autores, não será o grau de abstração ou generalidade que determinará a natureza da norma, mas sua estrutura lógica. Nesse sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*, Op.cit., p. 609.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Op. cit., p. 103.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Op. cit., p. 36.

sistematizar uma teoria da efetividade dos direitos fundamentais são os principais. Mesmo na seara dos direitos privados os princípios assumem papel destacado, inclusive em estados alienígenas.

Chegou-se a um momento da produção jurídico-científica e das práticas jurisprudenciais em que é possível afirmar, com boa dose de segurança, que a força normativa dos princípios é plenamente reconhecida. A importância que essa construção trouxe para o Direito – seja no âmbito científico, legislativo e na atividade das cortes de justiça – pode ser medida na quantidade de trabalhos produzidos, inclusive no Brasil, e no amplo reconhecimento que certos primados constitucionais passaram a adquirir, em especial na última década.

De meros valores desvestidos de impositividade, até chegar à conotação ora em voga (de verdadeiras normas jurídicas), a análise feita pelo direito a partir da leitura dos princípios, mesmo em áreas outrora reservadas a normas de conteúdo mais preciso, é quase uma imposição.

Neste trabalho não se pretende sustentar uma postura anacrônica ou apontar inconsistências nas teorias que abordam o tema dos princípios. Ao contrário, o desenvolvimento da força vinculativa daquela espécie foi e continua sendo da mais absoluta importância, notadamente em países que, como o Brasil, apresentam indesejável déficit de efetividade e cujas normas de cunho social escoram-se, em grande parte, em princípios constitucionais.

Ocorre que, dando razão à máxima de que os excessos, por melhores que sejam as substâncias, acabam repercutindo negativamente, o uso descomedido dos princípios tem, por um lado, abrandado a força impositiva desses comandos, tornados banais pelos operadores jurídicos; por outro, em postura talvez inconsciente, condiciona o aplicador a olvidar as regras, muitas vezes válidas, eficazes e adequadas para resolver os problemas jurídicos, mas nem sequer mencionadas como itens das fundamentações.

A ênfase no Poder Judiciário, uma das características dogmáticas mais importantes nos dias atuais, leva a certa desconsideração das funções desempenhadas pelos demais Poderes na interpretação e na aplicação constitucional. O produto do trabalho do Legislativo acaba ficando relegado a um segundo plano e tido mesmo como uma figura dispensável.¹²²

¹²² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n° 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

As preferências das abordagens científicas e jurisprudenciais não podem descurar da realidade objetiva dos sistemas jurídicos. O Brasil convive com o número aproximado de cinquenta e três mil leis em vigor, grande parte constituída por dispositivos em formato de regras, uma vez que os princípios, por sua própria natureza e finalidades, existem em número bem inferior.¹²³ Em maior ou menor escala, a existência de documentos escritos é um aspecto visível e importante nos mais importantes sistemas jurídicos, inclusive na tradição anglo-saxã. Vale lembrar que Ronald Dworkin desenvolve sua tese a partir de casos ocorridos no sistema da *Common Law*.

Não se pretende fazer aqui uma crítica de eventuais deméritos ou vantagens de haver um volume significativo de documentos parlamentares (mesmo porque desbordaria para uma pesquisa de matiz sociológica ou de pura Ciência Política, fora dos objetivos visados), mas apenas destacar que grande parte dos assuntos de interesse coletivo encontra-se normatizada por regras infraconstitucionais.

Quer em assuntos predominantemente privados, quer no funcionamento do Estado e em suas diversas relações (internas e externas), existem regras normatizadoras, formadas a partir da estrutura típica daquelas espécies normativas.¹²⁴ Preceitos dessa categoria, quer pela quantidade, quer pelos assuntos de que tratam, quer, enfim, por seu enquadramento sistemático, representam aspecto essencial do fenômeno jurídico.¹²⁵

Existe, de fato, uma crise das leis ordinárias/complementares ante os textos constitucionais, os quais, mais do que preponderância, adquiriram verdadeira onipresença.¹²⁶

Enfocar a importância das regras para a estabilidade das relações sociais e como fundamentos legítimos e democráticos na resolução de problemas jurídicos, ou para a salvaguarda do princípio da isonomia, não significa, importante ressaltar, qualquer

¹²³ Trata-se de levantamento realizado pela Casa Civil da Presidência da República e divulgado pela mídia eletrônica no ano de 2008. Disponível em: <<http://diariodonordeste.globo.com/materia.asp?codigo=554782>>. Acesso em: 24 de maio 2011.

¹²⁴ “Do ponto de vista lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: ‘se SF então deve ser P’, em que a hipótese (= antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (= consequente) pelo preceito (P)”. (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. Op. cit., p. 32).

¹²⁵ Ao contrário do que pensam certas correntes de pensamento, como os realistas, que em sua vertente radical chegam a negar a existência de regras (*rule-nihilists*). Os realistas jurídicos clamam por uma nova atitude na análise do direito, superando tanto o positivismo, como o jusnaturalismo. De acordo com eles, não devemos estabelecer um critério *a priori* para decidir se uma proposição jurídica é ou não verdadeira. Ao invés disso, sugerem que para entender a natureza e o funcionamento do direito, deve-se realizar uma investigação empírica das atividades dos operadores do direito, principalmente da atividade dos órgãos decisórios. STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese (doutorado). Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2005, p. 37-38.

¹²⁶ LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Revista Doxa*, nº 22, 1999, p. 322.

compromisso com a tese de que juiz é um aplicador autômato do direito e que deva haver uma exegese literal dos textos, afastada dos princípios constitucionais e dos valores influentes sobre o sistema jurídico.

Há um preconceito de que aplicar regras conduz a uma opção formalista ou de positivismo extremado, e que o uso dos princípios é sempre “avançado”, “progressista” e “socialmente responsável”.

Essas conclusões são, a nosso sentir, equívocas. A aplicação dos princípios – e dentre tantos pontos controversos, esse apresenta algum consenso – é revestida de certa dose de incerteza, haja vista as características daquela espécie normativa. A ponderação, a ser analisada com mais vagar em momento oportuno, técnica largamente utilizada como parâmetro de manejo dos princípios, é um procedimento complexo, influenciado por fatores vários (inclusive de ordem social, valorativa e dogmática), inexistindo garantias de que resultados socialmente indesejáveis e mesmo retrógrados sejam alcançados. Mesmo porque, para uma boa parte dos problemas jurídicos, somente é possível alcançar uma resposta racionalmente fundamentada, não parâmetros de verdade.¹²⁷

A depender das circunstâncias, nada impede que, no futuro, os mesmos raciocínios utilizados para conquistas sociais e superação de preconceitos sejam usados no sentido oposto, porquanto os resultados da interpretação e aplicação dos princípios nem sempre são orientados para a efetividade dos direitos.¹²⁸

Não se está a dizer que a exegese e uso dos princípios seja procedimento irracional ou desprovido de qualquer base de coerência. Há excelentes métodos construídos pela dogmática e jurisprudência aptos a enfrentar o problema, mas que não afastam a indesejável incerteza sobre a maneira como os problemas são resolvidos no presente e serão deliberados no futuro.

A extensão e multiplicidade dos argumentos utilizados pela jurisdição constitucional, a evolução histórica dos sentidos atribuídos aos textos legais, os diferentes significados hauridos ao longo do tempo, o caráter incerto das expressões linguísticas, as mudanças jurisprudenciais (às vezes radicais), a dependência de fatores externos ao sistema jurídico e as mudanças valorativas tornam, inexoravelmente, a exegese dos princípios complexa. Soa

¹²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de La Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 203-289.

¹²⁸ STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, Op.cit., p. 503. O mencionado autor faz uma crítica mais profunda à distinção estrutural entre regras e princípios. Não se partilha de toda a concepção por ele exposta, mas apenas quanto às preocupações com o excessivo uso dos princípios e as consequências (negativas) que isso pode trazer.

verossímil que “para alguns casos não existe seguramente, em absoluto, uma solução que seja a única justa”, pois interpretar um texto significa decidir entre as múltiplas interpretações críveis.¹²⁹

Justamente por essa natureza intrincada, contesta-se a tese de que a utilização de princípios conduza sempre a resultados constitucionalmente adequados ou à maximização dos direitos fundamentais. O uso excessivo, ao contrário, pode enfraquecer o sentido mínimo desses preceitos, desgastando sua força normativa, notadamente a partir de uma inevitável ampliação dos argumentos retóricos. Faz parte da sua própria salvaguarda o manejo comedido.

Nessa linha, Humberto Ávila, no que é acompanhado por outros doutrinadores nacionais e estrangeiros, propõe rever “a concepção largamente difundida na doutrina juspublicista de que a violação de um princípio seria muito mais grave do que a transgressão a uma regra”¹³⁰, pois seria mais reprovável descumprir aquilo que “se sabe” do que preceitos de duvidoso significado.

Para os objetivos aqui propostos, entretanto, não se mostra relevante estabelecer graus ou níveis de reprovabilidade no uso dos preceitos legais, mas apenas constatar que as regras, habitualmente, conduzem a um reconhecimento menos problemático daquilo que o Estado espera de seus súditos. Por isso mesmo, aplicadas sob uma perspectiva constitucional, acabam por conduzir a resultados mais previsíveis.

Tal assertiva não pressupõe uma aplicação sempre fácil das regras jurídicas. Como todos os enunciados, não raras vezes elas requerem densa atividade intelectual, o exame profundo dos aspectos analíticos do texto e das especificidades dos fatos. Muitas regras são, em si mesmas, de difícil compreensão para o operador jurídico, notadamente quando referentes a áreas do conhecimento específicas ou apresentem conceitos indeterminados, estando, segundo alguns autores e tal como acontece com os princípios, sujeitas a ponderação.¹³¹

De toda forma, sua aplicabilidade acaba sendo mais previsível, trazendo as virtudes tradicionalmente associadas ao Estado de Direito (“*rule-of-law benefits*”), como a segurança,

¹²⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 283 e 493.

¹³⁰ *Teoria dos Princípios*, Op. cit., p. 103. Ana Paula de Barcellos também defende a preferência da regra em relação aos princípios no seu trabalho *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p.66.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Op. cit., p. 35 e seguintes.

a certeza e a previsibilidade.¹³² Assim, embora sob diferentes prismas, ora enxergando neles valores positivados, ora como um caminho intermediário entre as normas e os valores, ora como puros comandos jurídicos, fato é que os princípios passaram a ocupar papel de destaque na Ciência Jurídica. Essa tendência, todavia, começa a dar sinais de saturação, como se verá no próximo item.

5.3 Os excessos no uso dos princípios e suas consequências

Uma das principais preocupações da Ciência Jurídica pós-Segunda Guerra Mundial foi a de superar a proposta kelseniana de separação absoluta entre direito e moral, que pode ser condensada na frase “... a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral”¹³³. Inexiste, como sói ocorrer na Ciência Jurídica, harmonia nas diversas abordagens que advieram, mesmo porque o chamado *neoconstitucionalismo* não corresponde propriamente a um movimento uniforme.

De uma forma geral, foi nítido o interesse em estabelecer limites materiais para a atividade legislativa, em movimento que chegou a ser identificado como um retorno ou redescoberta do jusnaturalismo¹³⁴, especialmente a partir de 1946 (primeiro ano após o fim da Segunda Guerra Mundial) e do processo de reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético.

O presente escrito, espera-se que esteja claro, não almeja ser uma defesa das técnicas formalistas ou do apego a um positivismo extremado. Aqui se reconhece a força normativa e vinculante dos princípios; admite-se o seu uso para a fundamentação de deliberações e como meio conformador e unificador do sistema; perfilha-se o entendimento de que o direito é influenciado por valores morais da sociedade, embora com eles não se confunda, bem assim, que as normas constitucionais, com destaque para as referentes a direitos e garantias fundamentais, devem incidir com forte carga normativa, interferindo nas condutas, principalmente estatais.

Pretende-se, pelo bem da própria tradição principiológica, apenas uma contenção dos exageros, máxime em casos onde as regras jurídicas podem resolver coerentemente (e com

¹³² STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*, Op. cit., p. 115. No mesmo sentido o pensamento de Eusebio Fernandes: *El Problema Del Fundamento de los Derechos Humanos. Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, n 1, 1982, p. 77.

¹³³ *Teoria Pura do Direito*, Op. cit., p. 76.

¹³⁴ FERNANDES, Eusebio. *El Problema Del Fundamento de los Derechos Humanos*, Op.cit., p.82.

adequado enfoque constitucional) o problema.¹³⁵ Não se propõe um *modelo baseado em regras* ou a preponderância dessa espécie normativa, mas tão só o reconhecimento de que, em numerosos casos, as regras são os veículos normativos mais adequados (inclusive da perspectiva constitucional) para enfrentar o problema.

Está superada, segundo o ponto de vista aqui defendido, a doutrina que supervaloriza o sentido literal das regras jurídicas, tal como feito pela Escola da Exegese, na França oitocentista. Aqui se propõe tão somente uma hermenêutica que, partindo de normas-regras específicas (quando houver), esteja preocupada com as características do caso concreto, o enquadramento constitucional do evento, a interferência de conhecimentos extrajurídicos diretamente vinculados ao problema, os padrões valorativos da sociedade e os precedentes jurisprudenciais.

Esses subsídios decisórios, embora pareçam excessivos, são igualmente necessários, porque as regras também podem apresentar dificuldades exegéticas, construções sofisticadas e resultados discutíveis, como visto anteriormente. Não se trata, aliás, de qualquer defeito de técnica legislativa – embora não raramente a incompetência das casas parlamentares produza peças de difícil compreensão –, mas de um resultado inexorável, tendo em vista a complexidade das relações sociais e do imperativo de regulá-las adequadamente.

O caso do direito à saúde é paradigmático sobre o não uso de regras. Existe no Brasil um razoável conjunto normativo, em nível infraconstitucional, regulador daquela espécie e conessor de situações jurídicas favoráveis aos cidadãos, como são exemplos a Lei nº. 8.080/90, o seu decreto regulamentar (tombado sob nº 7.508/2011) e as diversas portarias editadas pelo Ministério da Saúde. Desconsiderar esse corpo normativo acaba sendo contraproducente para o intento de garantir o pefalado.

Do que se expôs até aqui, extrai-se o preceito de que, quando houver regras, elas devem ser usadas. Excetuados pensamentos de matiz jusnaturalistas puro, o sistema de normas, em toda a sua extensão, é sempre um paradigma relevante para qualquer esboço jurídico. Interessante notar que mesmo as teorias contemporâneas têm nas normas positivadas o ponto de partida de qualquer ensaio jurídico. Nesse sentido, a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy está repleta de menções ao ordenamento jurídico como fator de referência para a solução dos problemas. Cita-se, *in verbis*, passagem expressiva do que se afirma:

¹³⁵ “Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese”. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Op. cit.

Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos.¹³⁶

Não quer isso dizer, importante mais uma vez ressaltar, que as regras ou o sistema jurídico como um todo possam abrir mão dos princípios. A abordagem principiológica é um fator decisivo de qualquer estudo ou aplicação normativa. A passagem transcrita, todavia, deixa clara a importância de o sistema ser visto em seu conjunto, globalmente observado.

Esse assunto avulta de importância à medida que a maior parte das políticas públicas, embora influenciadas pela Carta Magna, encontra-se desenhada e moldada em nível infraconstitucional. Aliás, a própria CF/88 traz normas em formato de regras no seu bojo, as quais também influenciam diretamente as políticas públicas.

Os métodos tradicionais de interpretação, desprezados como categorias jurídicas incompatíveis com a moderna hermenêutica e vistos como resquícios de uma forma superada de abordar o direito, mostram-se ainda como parâmetros úteis ao desenvolvimento dos textos legais. É o que se vê em autores influentes na dogmática moderna, como, além do já citado Robert Alexy, Friedrich Müller, cuja obra faz alusões à interpretação gramatical como a primeira etapa da concretização dos textos constitucionais nos ordenamentos dotados de codificação.¹³⁷

Destarte, no caso brasileiro, o exame das regras infraconstitucionais revela um formidável plexo de potenciais direitos, podendo-se inclusive visualizar um conjunto mínimo de garantias em várias searas importantes. Nesse sentido, com perspicácia, Daniel Sarmento expõe que:

(...) a Constituição não pode ser vista como a fonte de resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e a autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas.¹³⁸

¹³⁶ *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Op. cit., p. 239. Humberto Ávila afirma que, havendo conflito entre uma regra e um princípio de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra (*Teoría dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Op. cit., p. 103).

¹³⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodología do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 71. Luis Pietro Sanchis é de igual opinião, afirmando: “Lo dicho sugiere que la ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad” (*Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 137).

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (coord.). *A Constitucionalização dos direitos: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro, 2007, p. 140.

Essa constatação não deve, sob pena de provocar grave comprometimento ao bom manejo das ferramentas jurídicas, ser olvidada.

5.4 A banalização no uso dos princípios

Como reconhecido pelo próprio Robert Alexy, sistema jurídico algum é estruturado à base somente de princípios.¹³⁹ Nenhuma comunidade de pessoas resistiria muito tempo sendo dirigida, apenas, por comandos abrangentes e dotados de alta dose de abstração, pois faltaria elemento essencial para garantir segurança jurídica e previsibilidade às relações sociais, maltratando de maneira irreversível a função primordial do direito. A importância das regras jurídicas é, pois, inegável para qualquer sistema, mesmo porque a liberdade de pensamento intelectual impõe compromissos com a legalidade democrática.¹⁴⁰

Os indivíduos necessitam, mesmo para as atividades essenciais da vida comunitária, saber com antecedência quais as consequências jurídicas de suas condutas e de suas manifestações de vontade: o conteúdo dos códigos de trânsito, das relações trabalhistas e familiares, dos pequenos entabulamentos negociais do dia a dia, quais tributos devem pagar, dentre outros tantos exemplos que poderiam ser elencados.

Embora não se descure que mesmo nessas searas sejam possíveis debates e testilhas, é manifesto que existem nas regras prescrições mínimas sobre *o que fazer* e sobre *o que não fazer*. Pense-se, em exercício imaginativo, se o Código Brasileiro de Trânsito fosse composto, exclusivamente, por preceitos do tipo “os motoristas devem respeitar a integridade física alheia”, ou então as normas trabalhistas fossem moldadas, apenas, por cláusulas garantidoras da dignidade dos empregados, sem detalhamentos. É intuitiva a necessidade humana de comandos reguladores claros para moldar suas atividades e comportamentos, sob pena de o direito perder sua força como instrumento de controle social.

Nos exemplos fornecidos no parágrafo anterior, a própria igualdade ficaria comprometida, tendo em vista as múltiplas possibilidades interpretativas dos princípios e das dificuldades inerentes à exegese desses tipos de normas.¹⁴¹

¹³⁹ *Teoría de La Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Op. cit., p. 234.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Op. cit., p. 18.

¹⁴¹ “Até porque, do ponto de vista puramente retórico, a verdade é que praticamente qualquer solução pode ser reconduzida a princípios como, *e.g.*, os da dignidade, da justiça social, da solidariedade e outros tantos”. BARCELLOS, Ana Paula de. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, nº 46, 31/10/2007. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2424>. Acesso em: 15 jan. 2012.

O Judiciário, é incontroverso, dispõe de diversos instrumentos processuais de uniformização (no caso brasileiro, principalmente os recursos raros, como o especial e o extraordinário, previstos constitucionalmente), destinados a estabelecer, em caráter nacional, o sentido das normas jurídicas (ao menos sob a ótica dos tribunais). Mas utilizar em larga escala aquele Poder, além de sobrecarregar de maneira desarrazoada os julgadores, não diminuiria a tensão social, resultado do natural lapso de tempo embutido nos procedimentos judiciais.

Ademais, pelo Judiciário se desenvolve apenas uma parcela do fenômeno jurídico, sendo imprescindível, pelo bem da ordem social, o cumprimento espontâneo de grande parte dos deveres juridicamente estabelecidos. Para isso, vital que as pessoas possam conhecer, com alguma dose de segurança, como adequar seu comportamento à ordem jurídica posta.

Na prática forense, todavia, nota-se uma preferência crescente pela fundamentação calcada em princípios. Tal postura dos operadores jurídicos inverteu a percepção de outrora: as regras, hodiernamente, parecem relegadas a um plano secundário, quando não simplesmente esquecidas como paradigmas decisórios, chegando Humberto Ávila a mencionar, em tom crítico, a formação de um Estado Principiológico.¹⁴² Nessa mesma linha, Lênio Luiz Streck afirma que o Brasil atravessa um “panprincipiologismo”.¹⁴³

A valorização dos princípios, *de per se*, não representa algo perverso ou contraproducente. Muito pelo contrário, foi e continua a ser instrumento decisivo do aplicador, até mesmo porque, implícita ou explicitamente, fazem parte dos textos jurídicos, especialmente das cartas constitucionais. Assim, o que se afirma banalizados não são os princípios, mas a forma abusiva e, pior, desnecessária como vêm sendo usados pelos operadores do direito.

Um ordenamento jurídico saudável deve ter uma distribuição equilibrada entre regras e princípios tanto no momento de confeccionar as normas do seu sistema jurídico, como no instante de utilizá-las, essa última tarefa a ser levado a cabo pelos operadores e intérpretes.

5.5 As políticas públicas e as regras: uma relação necessária

Embora sob inequívoca influência constitucional e principiológica, fato é que o tratamento juridicamente adequado das políticas públicas envolve um olhar atento sobre as regras que as compõem. O grande quantitativo de normas é uma característica do sistema

¹⁴² *Teoria dos Princípios*, Op. cit., p. 23.

¹⁴³ *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito, Op. cit., p. 475.

jurídico brasileiro: qualquer teoria jurídica deve adaptar-se a essa realidade, sob pena de tornar-se pouco útil como instrumento de trabalho em solo brasileiro.

Como se tem afirmado ao longo desta monografia, apesar dessa insofismável realidade normativa, existe uma tendência a desconsiderar, como fundamentos decisórios, as regras jurídicas, relegando-as a plano secundário ou até mesmo totalmente eclipsadas pelo uso de outros padrões decisórios. Como nota Ana Paula de Barcellos, *in verbis*:

Nessa linha, e com fundamento genérico em alguns princípios, passou-se a afastar a aplicação de regras validamente editadas pelo legislador sem muita cerimônia ou cuidado. Em muitas ocasiões o intérprete tem se sentido livre para simplesmente deixar de aplicar um dispositivo legal, não porque ele seja inconstitucional ou por se tratar de uma incidência inconstitucional do comando, mas simplesmente por assim “parecer bem” ao aplicador, à luz de sua compreensão pessoal acerca do sentido do princípio.¹⁴⁴

Feita essa ressalva, pode-se dizer, sem receio de más interpretações, que o ponto de partida tanto do construtor das políticas públicas (normalmente, o administrador ou legislador)¹⁴⁵, como do operador jurídico cuja incumbência seja avaliar a higidez normativa ou concreta da política, são as regras que as compõem. Perquirir se existe uma política pública, se dela decorrem direitos ou se a conduta do ente público está constitucionalmente adequada passa, primeiro, pelo exame das regras estruturadoras das políticas.

Isso não quer dizer que as leis ordinárias e as regras que as compõem sejam sempre prevalentes ante a Constituição (embora se saiba que as leis ordinárias podem, também, conter princípios, a maior parte dos preceitos delas integrantes é formada por regras), pois não se descarta o controle de constitucionalidade, a ocorrer sobre as políticas públicas e seus veículos introdutórios. Aliás, esse controle é uma etapa essencial.

Trata-se, cumpre ressaltar, de fases da aplicação do arcabouço jurídico, não de hierarquias.

Não se pretende introduzir uma análise monocular do fenômeno, desconsiderando a importância da interação entre os elementos circunstância social → norma, pois não obstante a Constituição e demais normas estejam vinculadas à realidade histórica de seu tempo, elas não estão totalmente dependentes dessa realidade.¹⁴⁶ Aqui se defende que os contextos onde

¹⁴⁴ *Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil*, Op. cit.

¹⁴⁵ O papel do Judiciário como elaborador de políticas será melhor examinado no capítulo dedicado ao controle jurisdicional.

¹⁴⁶ “Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinantes em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas”. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, Op.cit., p. 15.

exaradas as decisões jurídicas são relevantes para definir sua coerência, plausibilidade e, principalmente, conteúdo. Portanto, quando se recomenda observar primeiro as regras, o desígnio é o de expor que elas compõem parte essencial do fenômeno, e não que sua leitura textual seja suficiente para revelar seu inteiro teor.

Mesmo porque, embora o aspecto normativo ostente posição de destaque na Ciência Jurídica, parece inegável que o *fato* é item indispensável a qualquer estudo mais abarcante do Direito. Desde a Teoria Tridimensional, de Miguel Reale, até a Teoria do Fato Jurídico, de Pontes de Miranda¹⁴⁷, passando pela obra de Durkheim, os acontecimentos do mundo (determinados e determinantes para o sistema de normas) ocupam posição central.¹⁴⁸

As normas jurídicas são erigidas para ser aplicadas a específicos eventos, os quais ocorrem em certos contextos históricos e sociais. A própria gênese desses documentos é consectário de fatos já ocorridos ou, pelo menos, de ocorrência provável. Não seria, pois, exagerado ou impreciso dizer que as normas e os fatos, dentro da realidade jurídica, são indissociáveis, estando os textos normativos sujeitos às contingências históricas.¹⁴⁹

Dentro dessa perspectiva, a leitura dos textos legais com o fim de criar normas a serem aplicadas em determinado caso pode ter resultados os mais variados, a depender de quem lê, quando lê e onde lê. Essa relatividade não resulta de equívoco interpretativo ou da má compreensão do sentido das letras predispostas nos documentos legais, mas de verdadeira plurivocidade do texto, resultado dos fatores vários que influenciam na análise e na construção do sentido da norma.¹⁵⁰

Assim sendo, para conhecer o alcance das normas que compõem as políticas públicas não é possível prescindir de uma pesquisa circunstanciada, de uma ponderação dos princípios

¹⁴⁷ A teoria de Pontes de Miranda, de notável influência no pensamento jurídico do último século (e por isso mesmo mencionada aqui com algum destaque), apresenta um importante caráter sociológico. Todavia, percebe-se que o esquema lógico traçado para a fenomenologia da incidência é essencialmente formalista. Além disso, como afirma Andreas J. Krell (*As Dificuldades de Teorias "Pré-Hermenêuticas" com o Direito do Estado Social Moderno*, Op. cit., p. 13/14), Pontes de Miranda "rechaça qualquer tipo de metafísica, insiste na estrita neutralidade da ciência e nega a possibilidade de afirmações científicas sobre juízos de valor", de forma que a abordagem ponteana apresenta muitos pontos de contato com o positivismo.

¹⁴⁸ Para evitar digressões que comprometessem o foco principal, não se adentrará no debate acerca da realidade como construção humana ou como correspondência com a realidade. Sobre o assunto, vide o Capítulo 3 do trabalho de Aduardo Catão (*Decisão Jurídica e Racionalidade*, Op. cit.), e as páginas 56/62 da obra de Gabriel Ivo, intitulada *Norma Jurídica: produção e controle* (São Paulo: Noeses, 2006).

¹⁴⁹ Válido, a esse propósito, transcrever passagem de Gustav Radbruch (*Introdução à Ciência do Direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 218): "A história de um pensamento jurídico não está encerrada se ele foi inscrito numa lei; a história de suas diversas interpretações posteriores não é apenas uma história de seus mal-entendidos; desenvolve-se nela a fertilidade do pensamento subtraída a toda previsão do pensar, e graças à qual seu tempo o renova e dele se apropria de modo diverso".

¹⁵⁰ "La jurisprudencia, en ese momento, deberá ponerse al servicio de dos señores: la ley y la realidad. Sólo a través de la tensión entre estas dos vertientes de la actividad judicial se podrá respectar esta concepción práctica del derecho". (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 8 ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 132).

envolvidos e de argumentos que explorem todos os aspectos relevantes para a construção da política.¹⁵¹ A exegese de um texto normativo é produto de uma época, de certo momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico em vigor, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um.¹⁵²

Partindo dessa visão exegética, observa-se que as políticas públicas podem não estar (e normalmente não o estão) condensadas em apenas um instrumento introdutor de normas, mas sim obtidas a partir da conjugação de vários diplomas, editados em ocasiões diversas e a partir de diferentes níveis hierárquicos. A política pública relativa à educação, por exemplo, resulta do exame conjunto dos dispositivos contidos nos artigos 205 a 214 da Carta Magna, com as normas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (tombada sob o nº 9.394/96), além dos atos expedidos pelo Ministério respectivo.

Esse é o momento adequado para lembrar que municípios e estados-membros podem, em nível local e regional (no âmbito das respectivas competências), estabelecer regras complementares e que consolidam as políticas para o setor nos respectivos âmbitos territoriais. Embora a realidade demonstre uma superabundância de leis editadas pelo Congresso Nacional em detrimento das câmaras municipais e assembleias legislativas, a prática não desqualifica a divisão constitucional de competências.

Voltando ao tema da educação, toca concorrentemente à União, estados-membros e municípios legislar sobre essa matéria, cabendo ao primeiro ente estabelecer normas de cunho geral, nos termos do artigo 24 e §1º da CF/88. Isso quer dizer da possibilidade de, em nível estadual e municipal, existirem normas sobre a matéria, como também políticas públicas regionais ou locais sobre educação. A título ilustrativo, menciona-se que no âmbito do Estado de Alagoas, há normas sobre o tema na Constituição Estadual (artigos 197-204), na Lei Estadual nº 6.202/2000 (estrutura a Secretaria de Estado da Educação), no Decreto nº 108/2001 (estrutura e regulamenta o Conselho Estadual de Educação), além das resoluções editadas por esse órgão colegiado.

O que ocorre com esse tema repete-se em muitas outros, áreas em que a visualização completa das atividades requer o exame de um quantitativo razoável de diplomas normativos.

Aliás, os decretos regulamentares federais não poderão dispor sobre assuntos nos quais devem ser consideradas peculiaridades ou especificidades regionais ou locais, sob pena de

¹⁵¹ “No direito constitucional evidencia-se com especial nitidez que uma norma jurídica não é um ‘juízo hipotético’ isolável diante do seu âmbito de regulamentação, nenhuma forma colocada com autoridade por cima da realidade, mas uma inferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado” (MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*, Op. cit. p. 58).

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Op. cit., p. 3.

ofensa às normas constitucionais que regulam o desenho federativo brasileiro.¹⁵³ Embora as entidades locais e regionais enfrentem desprestígio em suas capacidades normativas, são, como visto, constitucionalmente dotadas de competências legislativas e administrativas, parte delas não submetidas a nenhuma interferência da União Federal.

Embora seja inequívoca a importância da Constituição para qualquer análise no tema em debate nesta monografia, como foi visto antes, é no âmbito das regras que as políticas se desenvolvem de forma mais aguda. Até mesmo para aferir a constitucionalidade (por exemplo, acerca da completude de certa regulamentação legal), faz-se necessário examinar como foram construídas e atuam as regras do setor. Como bem colocado por Canotilho, o caráter vinculante das normas constitucionais “não significa, nem pode significar, que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma densificação operada sobretudo através da lei”.¹⁵⁴

Por isso, entendem-se cercadas de grande exagero as afirmativas de que a regulamentação infraconstitucional nada acrescenta de relevante às políticas públicas ou de que a Constituição Federal acaba desempenhando papel quase onipresente na temática.¹⁵⁵

Acerca desse ponto, importante destacar o paradigmático Recurso Extraordinário nº 267.612-RS, não raramente invocado como revelador da jurisprudência favorável do Supremo Tribunal Federal acerca da eficácia direta das normas constitucionais sobre saúde e concessão de medicamentos. O aresto, ao revés do que possa parecer à primeira vista, faz referência explícita à existência de três leis estaduais do Estado do Rio Grande do Sul, as quais definem os medicamentos que aquela unidade federativa deve fornecer, gratuitamente, aos portadores do vírus da AIDS¹⁵⁶.

Embora não se esteja a dizer que a Suprema Corte tenha estabelecido a inefetividade das normas constitucionais relativas à saúde (mesmo porque tal assertiva iria de encontro à tendência hoje dominante naquela Corte), fato é que tomou como relevantes as regras postas pelo legislador ordinário estadual, trazendo-as para o centro do debate e integrando-as como elementos dotados de eficácia e importantes para garantia a da realização dos direitos.

¹⁵³ KRELL, Andreas J. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*, Op. cit., p. 26.

¹⁵⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. “Brançosos” e a *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2008, p. 117.

¹⁵⁵ Como o faz Valéria Maria Lacerda Rocha: A possibilidade de intervenção judicial nas chamadas políticas públicas. *Revista Direito e Liberdade – ESMARN – Região Oeste*, Mossoró, v. 1, nº 1, p. 381/393, jul/dez 2005. No mesmo sentido, Osvaldo Canela, ao afirmar: “Porque direitos constitucionais subjetivos, cristalizados no artigo 6º da Constituição Federal, os direitos fundamentais sociais não dependem de qualquer reconhecimento no plano subconstitucional” (*Controle Judicial de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 135).

¹⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE nº 267.612, Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 23/8/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012

Sem dúvidas, qualquer julgamento é facilitado quando existe uma lei disciplinadora da matéria em contenda.¹⁵⁷

Outro ponto a ser destacado é que não se está defendendo a autocontenção do Judiciário ou a exigência de aguardar a edição de normas infraconstitucionais para que os preceitos da Lei Maior produzam seus efeitos. Isso vale, inclusive, para as normas do artigo 5º da CF/88, mercê, dentre outros fatores, do seu conhecido § 1º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”). Parte-se do pressuposto de que as normas constitucionais, por si, são dotadas de eficácia, não estando condicionadas ao legislador ordinário. Defende-se, apenas, o reconhecimento das normas que já integram o sistema jurídico e sua função de garantir os direitos fundamentais e disciplinar os direitos daquela espécie.¹⁵⁸

Esse modo de enxergar torna-se ainda mais significativo quando constatado que as regras infraconstitucionais ampliam, em muitas situações, a esfera jurídica dos particulares, funcionando como verdadeiras propulsoras de direitos.

Outrossim, é de se levar em conta que não apenas os princípios possuem o escopo de atingir metas socialmente justas e resultados comunitários relevantes; mesmo nos chamados direitos de segunda geração, as leis ordinárias e complementares, preenchidas em sua maior parte por regras, assumem grande parte do trabalho regulador.¹⁵⁹

No sistema brasileiro, a título meramente exemplificativo, a Lei nº 8.080/90 (dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, organizando o Sistema Único de Saúde - SUS), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (tombada sob o nº 9.394/96), a lei que organiza a Assistência Social (Lei nº 8.742/1993) e a própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Como se vê, mesmo nos domínios dos chamados direitos sociais é possível constatar, em número expressivo, regras positivadas, as quais fornecem subsídios para determinar condutas e abstenções.

Isso porque as regras são também reflexos de opções axiológicas, incorporam as opções da sociedade para a convivência, pois o direito, como um subsistema social, reproduz valores a todo o tempo.¹⁶⁰ Embora sejam comuns os debates sobre o vínculo entre princípios e

¹⁵⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, Op. cit., p. 245.

¹⁵⁸ FERNANDEZ, Eusebio. *El Problema Del Fundamento de los Derechos Humanos*, Op. cit., p. 77.

¹⁵⁹ Usa-se o termo direitos de segunda geração no sentido utilizado por Norberto Bobbio, quais sejam, aqueles relacionados às conquistas sociais (aquí incluídas as trabalhistas) no início do século XX.

¹⁶⁰ SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 42. Vale mencionar que um dos pilares do pensamento jurídico contemporâneo é o de que existe um necessário

as influências axiológicas por eles sofridas, as regras também trazem forte carga valorativa, já que são produtos dos pontos de vista dominantes em certa sociedade, em determinado momento histórico.

Por isso, as regras devem ser lidas em atenção aos valores presentes no contexto histórico, o que pode modificar, às vezes profundamente, o significado de certos textos linguísticos. Julga-se ser indubitável que a aplicação das normas jurídicas está impregnada de componentes da moral, que, de maneira explícita ou implícita, interferem decisivamente no trabalho de identificar as normas jurídicas e aplicá-las. Os valores importantes para a convivência mostram sua força tanto no momento de confeccionar as normas, como para extrair o sentido dos enunciados.

A leitura do termo *família*, por exemplo, de há muito constante nos textos jurídicos brasileiros, na atualidade guarda raros pontos de relação com as exegeses comuns no início do século XX. Os valores da sociedade, mutáveis por natureza, hoje estão culturalmente aptos a admitir outras formas de constituição de grupos domésticos, como a união homoafetiva e as unidades monoparentais. Nesse sentido, por exemplo, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do reconhecimento da união civil entre pessoas do mesmo sexo.¹⁶¹

Percebe-se, a nosso ver com razão, a existência de outros fatores que integram o discurso jurídico e servem para fundamentar as decisões judiciais (inclusive quando em jogo as regras), tais como elementos das ciências naturais, humanas, econômicas, culturais e filosóficas¹⁶². É o chamado *contexto significativo* proposto por Karl Larenz.¹⁶³

5.6 A importância da filtragem constitucional

Para a análise do sistema em sua integralidade, por certo que o controle constitucional das regras representa importante instrumento para um uso coerente, adaptado ao Texto Maior e fiel aos direitos fundamentais de nosso sistema jurídico.¹⁶⁴ Isso se torna mais relevante à

vínculo entre direito e moral. A propósito: COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico*, Op. cit., p. 100.

¹⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. Julgados em 5 mai 2011. DJE de 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

¹⁶² Elementos chamados por Robert Alexy de “argumentos empíricos” (*Teoría de La Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Op. cit., p. 224)

¹⁶³ “O critério do contexto significativo exige, em primeiro lugar, prestar atenção ao contexto, tal como se requer para a compreensão de todo o discurso ou escrito coerentes. Exprime, para além disso, a concordância material das disposições adentro de uma regulação e, ainda, o tomar em conta da ordenação externa da lei e da sistemática conceptual a ela subjacente, às quais, todavia, só cabe um valor limitado para a interpretação” (*Metodología da Ciência do Direito*, Op. cit., p. 462).

¹⁶⁴ Pontes de Miranda já destacava a importância do controle de constitucionalidade: “No Estado de Direito, com a discriminação dos poderes e suas competências, não é aconselhável, pelo menos, que se negue ao Poder Legislativo legislar sobre caso 1 ou n-1 se ele entende que a razão para a lei está exatamente em que lhe parece

medida que as modernas técnicas de controle de constitucionalidade permitem não apenas o expurgo da norma incompatível, mas também o sopesamento dos textos a partir de um sentido constitucionalmente adequado, como o faz a interpretação conforme à Constituição.

Realmente, há de se privilegiar aquele(s) sentido(s) que se revelem compatíveis com a Constituição. De várias interpretações imagináveis é sempre preferível aquela que melhor se adapte aos princípios do Texto Magno, de forma que a exegese das leis ordinárias (e das regras nelas contidas) deve ter em conta os parâmetros localizados em nível hierárquico superior. Somente por esse caminho visualiza-se a correta substância da norma. A “conformidade à Constituição” é, portanto, um critério interpretativo.¹⁶⁵

Essa leitura constitucional tem, dentre outras, a virtude de garantir a unidade do sistema jurídico e a harmonia entre as diferentes partes do ordenamento. Não se duvida que a Constituição e seus diversos princípios exercem força vinculante, perspectiva que em nada conflita com o prestígio das regras. Não se desconhece que muitos princípios têm seu *locus* nos diplomas infraconstitucionais. De toda forma, por força mesmo do caráter normativo dos princípios constitucionais e da supremacia a eles inerentes, estes últimos acabam adquirindo maior relevância no discurso e na prática jurídica.

Aplicar uma regra constitucionalmente adequada equivale a, indiretamente, garantir eficácia à própria Carta Magna.

Mesmo a força normativa dos princípios depende, em grande parte, das regras, que funcionam como fatores decisivos para a concretização de preceitos mais gerais.¹⁶⁶ Nessa senda, mencionaram-se diplomas normativos formados basicamente por regras, que desempenham a função de especificar e tornar mais palpáveis os direitos estabelecidos em normas principiológicas.

Dizendo em outros termos, os mandamentos menos genéricos, formados a partir do debate parlamentar nas casas legislativas, possuem a importante função de estabelecer, com maior precisão e taxatividade, as normas fundamentais do sistema, tornando-as mais facilmente operativas.

tratar-se de classe de um só ou de só n-1 membros. Nem, tampouco, que se lhe dê a última palavra a respeito. Daí a síntese a que chegou a genialidade mesma do nosso tempo: o Poder Legislativo edicta a lei; outro órgão aprecia-lhe a compatibilidade com a Constituição” (*Tratado de Direito Privado*, Tomo I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 40).

¹⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Op. cit., p. 479/480.

¹⁶⁶ Lênio Streck chega a dizer que o princípio somente se realiza a partir de uma regra, e que por trás de uma regra haverá necessariamente algum princípio (*Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*, Op. cit., p. 523).

Decerto que o intento do constituinte pátrio, perante as generalizadas cobranças do povo brasileiro presentes em fins dos anos oitenta (muitas persistem até os dias atuais), foi o de modificar um estado de coisas, e não o de mantê-las. Por isso é relevante observar, também, a realidade da época constituinte, seus condicionantes históricos, e cotejá-los com o presente. Esse raciocínio trará maior clareza para o operador jurídico quando diante de uma política pública e de suas normas.

CAPÍTULO 6 POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO SOCIAL

6.1 Considerações iniciais

Foi dito em tópico anterior que as políticas públicas não se restringem àquelas vinculadas aos direitos sociais. De toda forma, e como referenciado, há interesse em visualizá-las sob a perspectiva desse grupo de direitos. Isso porque no Brasil – e este trabalho se propõe, sem prejuízo de buscar inspirações em doutrina e julgados alienígenas, a contribuir para uma dogmática nacional – os direitos sociais assumem importância peculiar. Entender as políticas públicas passa, necessariamente, por visualizar a maneira como o Estado brasileiro atua em assuntos como educação, saúde e moradia.

As abordagens acerca das políticas públicas normalmente as associam às mudanças sócioeconômicas que culminaram no surgimento do Estado Social. Nesse sentido, não é novidade que as organizações estatais contemporâneas, ao menos aquelas ligadas à tradição ocidental, em maior ou menor grau, não se contentem apenas em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas.¹⁶⁷

Mais do que isso, as entidades políticas acabam chamando para si a responsabilidade por garantir padrões essenciais de vida digna, e o fazem por meio de normas jurídicas. No caso brasileiro, o sistema jurídico contempla, a começar pela própria Carta Magna, dispositivos legais garantidores de direitos como educação, saúde, moradia e assistência social. Em casos de países com injustiças históricas, como o Brasil, parece razoável vincular esses direitos ao princípio da igualdade.¹⁶⁸

É esse aspecto jurídico que interessa mais de perto.

Muito se tem escrito sobre os direitos sociais na doutrina brasileira, não sendo exagero afirmar que grande parte da produção científica nos domínios do direito constitucional, em território pátrio, devota-se a analisar, sob algum de seus aspectos ou consequências, aquela espécie de direitos. E dentre os itens de estudo, a efetividade mostra-se, em tintas ainda fortes, como elementar à compreensão dos fenômenos relacionados ao assunto.

Dentro dessa temática, a judicialização e os parâmetros de controle das atividades do Executivo (e mesmo do Legislativo) revelam tema em franco desenvolvimento, exibindo, ao lado de alguns poucos itens sobre os quais se atingiu certa pacificidade, vasta gama de

¹⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de constitucionalidade das políticas públicas*, Op. cit., p. 43.

¹⁶⁸ FERNANDEZ, Eusebio. *El Problema Del Fundamento de los Derechos Humanos*. Op.cit., p.110.

questos ainda controversos. Dizer, com segurança, se existe (des)obediência aos preceitos constitucionais garantidores de direitos sociais constitui, ainda, um problema gerador de vastas controvérsias.

Se os direitos sociais, para a doutrina mais moderna, trazem em si a força normativa suficiente a sua implementação, a prática do foro tem demonstrado a existência de dificuldades teóricas para que sejam efetivados pela via jurisdicional, notadamente pela existência de argumentos jurídicos – tais como a separação de Poderes e a limitação orçamentária – necessários a definir, em cada caso, se há ilicitude (inclusive de caráter constitucional) e em qual medida.

Uma das peculiaridades das cartas constitucionais surgidas no século XX foi o aparecimento de direitos fundamentais de índole social. Superada a fase de predomínio dos chamados direitos de primeira geração, identificados umbilicalmente com o Estado Liberal, o sistema jurídico focou-se na tentativa de auxiliar na construção de uma melhor qualidade de vida às pessoas, seja nas relações de trabalho, na feitura de um regime previdenciário, ou mesmo garantindo padrões mínimos de educação e saúde. Não que aquele primeiro grupo tenha sido completamente suplantado ou que haja uma hierarquia entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, mas estes últimos passaram a figurar em um plano menos destacado. Eventuais tensões entre os diferentes grupos de direitos resolvem-se no caso concreto, a partir das técnicas desenvolvidas pela teoria dos direitos fundamentais.

Os tipos de direitos e a forma como alocados nos sistemas jurídicos variaram, como também foram diferentes as assimilações espontâneas desses preceitos pelos distintos governos. Em países periféricos, como o Brasil, o descompasso entre as previsões normativas e a realidade social permite aferir, a olhos vistos, um déficit no atendimento do catálogo de direitos inseridos na Ordem Social da CF/88 (Título VIII). Os problemas de efetividade atingem, no trato desses direitos, possivelmente seu grau máximo.

Não é novidade dizer que a consagração do Estado Democrático de Direito pelo constituinte brasileiro trouxe uma profunda mudança na forma como se vê e se aplica o ordenamento jurídico, aqui entendido não apenas como formado por normas positivadas, mas também por todos os parâmetros utilizados no discurso jurídico.

O Estado Democrático de Direito reuniu os princípios próprios do Estado Liberal com os preceitos do Estado Social, almejando tornar-se mais do que uma somatório das

características de cada qual, isto é, cobiça não somente impedir o arbítrio, mas também promover a justiça social.¹⁶⁹

Assim, diante da realidade legal e teórica do direito brasileiro, os direitos fundamentais sociais surgem com verdadeira força normativa em nosso sistema jurídico. Esse conjunto de direitos repercute na realidade dos indivíduos, exigindo do aplicador a extração de eficácia dos comandos legais, mesmo porque, em última medida, são consectários do primado da vida como maior patrimônio humano, e do bem-estar físico e mental como objetivo ápice do sistema jurídico.

Essas características, entretanto, não tornam os direitos sociais absolutos (como, importante ressaltar, não o é nenhum grupo de direitos). Reconhecer a existência de eficácia legal, mesmo em coeficientes razoáveis, apenas coloca os direitos sociais no discurso jurídico, mas não os faz suplantar outras garantias ou cria o imperativo de reconhecê-los em toda e qualquer alegação.

Mais uma vez recorre-se à obra de Robert Alexy e sua Teoria da Argumentação. Nesse trabalho, o jurista alemão demonstra como múltiplos fatores entram na fundamentação utilizada pelos aplicadores do direito, tais como os aspectos empíricos (conhecimentos de outras ciências), os consensos dogmáticos e mesmo os precedentes jurisprudenciais.¹⁷⁰

Emerson Garcia, seguindo lição de Max Weber, observa que a expressão direitos sociais, eminentemente ambígua, permite seja lida sob três óticas diferentes: I) como direitos subjetivos; II) no sentido de mandados constitucionais endereçados ao legislador ou (III) como princípios diretores. Assim, os direitos sociais e todos aqueles contidos em políticas públicas, na medida em que as respectivas estruturas normativas admitam, podem assumir o contorno de direitos subjetivos, gerando obrigações concretas para a sociedade e para o Estado.¹⁷¹

Do quanto exposto neste item, reconhece-se como superadas as ideias de que as normas de direitos sociais são destituídas de efetividade, porquanto apresentam natureza obrigatória¹⁷², como observado no tópico subseqüente.

¹⁶⁹ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. *Revista do Ministério Público de Alagoas*, Maceió, nº 6, jul/dez 2001, p. 25.

¹⁷⁰ *Teoría de La Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Op. cit., p. 203/283.

¹⁷¹ GARCIA, Emerson. *Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais*, Op. cit., p. 66.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Sociais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 12.

6.2 O Estado Social brasileiro: as consequências da escolha constitucional

Decerto que as preocupações aqui exibidas pressupõem uma postura judicial comprometida com a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive os de caráter socializante. Superando antigos axiomas e engessamentos provocados por uma cultura jurídica ainda apegada a esquemas antigos, percebem-se largos passos, inclusive no Brasil, no sentido de uma produção jurisprudencial comprometida com a aplicabilidade dos textos constitucionais, sobretudo dos princípios neles contidos.

As normas de direitos sociais vêm, em sua dimensão constitucional, lavradas, normalmente, em forma de princípios. Não se desconhece, é verdade, que muitos dispositivos de relevo podem estar contidos em leis ordinárias e complementares, mas parece imperioso reconhecer que as normas fundamentais desse seara trazem uma dimensão de peso, não determinando todas as suas consequências de forma direta, como acontece com as regras. Essas são as conhecidas características das normas principiológicas propostas por Dworkin e citadas linhas atrás.¹⁷³

Com efeito, embora sejam comuns críticas à atividade do Judiciário – para alguns, excessivamente invasiva e desrespeitadora da separação dos Poderes –, deslembra-se que a matriz desse comportamento foi a opção feita pelo constituinte brasileiro em 1988, dadivoso em criar vasto repositório de direitos cujo lastro assenta-se em diligências proativas. Nesse sentido, colhe-se na doutrina o pronunciamento de que:

(...) a CF/88 concebe o Estado como instrumento da sociedade para atingir os fins por ela almejados é reconhecer a existência de deveres a serem por ele cumpridos, seja no plano das prestações jurídicas a seu cargo (legislação, jurisdição), seja no plano das prestações materiais, no plano econômico, social, de saúde, bem-estar, etc.
174

Embora não se esteja fazendo apologia a todas as decisões proferidas na seara dos direitos sociais nos últimos anos, parece inegável que diante da Constituição Federal de 1988 (e de acordos celebrados internacionalmente), dotada de disposições do tipo “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, ou “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família”, os operadores jurídicos (magistrados inclusive) dificilmente podem assumir comportamento de absoluta passividade, sob pena de incorrer em atitudes incompatíveis com a ordem jurídica.

¹⁷³ *Levando os Direitos*. Op. cit., p. 39/40.

¹⁷⁴ GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 172. O Estado Social, conforme reconhecido por Cappelletti, pede uma intervenção ativa dos organismos públicos, não raramente prolongada no tempo, criando cenário no qual “(...) os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do estado, do qual constituem também, afinal de contas, um ‘ramo’ (*Juízes Legisladores?*). Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 42).

Não se defende uma exegese constitucional irrestrita, tampouco um ativismo indiscriminado.¹⁷⁵ Os tópicos anteriores desta monografia demonstram isso. Há fatores outros, incluídos na própria Constituição Federal, impositivos de uma leitura equilibrada desses e de outros comandos legais. Partilha-se da tese da inexistência de direitos absolutos. Toda norma constitucional possui eficácia; mas ao mesmo tempo todas são limitadas em seus efeitos, nem que seja pela ponderação mútua com outros fatores, ou até com outros direitos. Nessa linha, os direitos sociais são tão eficazes e tão sujeitos à ponderação quanto os direitos individuais.¹⁷⁶

Realçam-se, apenas, que os compromissos assumidos pela Carta Magna de 1988 foram, inequivocamente, amplos e, mesmo dentro de uma leitura restritiva, a tese da pura programaticidade é dificilmente defensável. Alguma eficácia esses dispositivos alcançam¹⁷⁷, e nisso reside o grande desafio do operador jurídico moderno: em que medida as normas de direito social vinculam e produzem efeitos? A resposta a esse questionamento é imprescindível para identificar as omissões estatais e, por conseguinte, oferecer respostas mais seguras ao tema da efetividade daqueles direitos e das consequências jurídicas das políticas públicas.

A proclamação normativa de direitos sociais, embora tenha representado e continue representando um importante condutor de mudanças fáticas, está longe de estabelecer a única saída para as graves exigências coletivas da sociedade moderna. Mesmo Gomes Canotilho, cuja obra influenciou notoriamente o feito *dirigente* da Carta Magna de 1988, hoje põe em dúvida aspectos proeminentes dos documentos constitucionais pretensamente modificadores da realidade, chamando a atenção para a existência de outros fatores de direção política que devem ser levados em conta para evitar expectativas frustradas¹⁷⁸. Ademais, não se guardam

¹⁷⁵ Tome-se a expressão ativismo como a forma de agir do Judiciário, com três traços característicos do magistrado: questiona e revê as decisões dos demais Poderes; controla e promove políticas públicas; e não identifica a coerência do Direito e o princípio da segurança jurídica como limites de sua atividade. Nesse sentido: DANTAS, Frederico. O princípio constitucional da inafastabilidade: estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 17, mar. 2008, p. 107.

¹⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 101.

¹⁷⁷ Mesmo no modelo sobre os efeitos dos comandos constitucionais sugerido por José Afonso da Silva, decerto o mais influente no direito constitucional brasileiro nas últimas décadas, as normas chamadas *programáticas* assumem alguma eficácia (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 142).

¹⁷⁸ “Se bem compreendemos as coisas, o déficit epistêmico da programaticidade constitucional não estaria apenas na conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade. Para além disso, a Constituição arrogar-se-ia o papel de alavanca de Arquimedes com força para mudar o mundo, mas sem atender ao facto de ela estar cercada por outros mundos” (CANOTILHO, J.J. Gomes. “*Brançosos*” e a *Interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Op. cit., p. 109).

ilusões grandiloquentes acerca das possibilidades modificadoras daqueles documentos escritos, notadamente dos chamados *direitos sociais*.

A experiência brasileira é um bom exemplo de que não se deve enxergar o conjunto de normas existentes na Carta Constitucional como o fator único de superação das mazelas econômicas e suas moléstias correlatas, pois potencializar os direitos sociais não decorre “só ou primordialmente da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da ‘good governance’ dos recursos públicos e privados (...)”¹⁷⁹. Evidente que o direito e o Judiciário podem – e devem – estar integrados no esforço institucional para construir uma coletividade socialmente justa, mas sem pretensões de exclusividade ou arroubos que excluam a participação dos outros ramos estatais e mesmo da sociedade civil.

6.3 A ponderação como técnica imprescindível para compreensão a dos direitos sociais

As fontes tradicionais do Direito e os cânones de interpretação, embora continuem indispensáveis meios de trabalho dos operadores jurídicos¹⁸⁰, mostram-se incapazes, em nosso modo de pensar, de resolver todos os problemas, notadamente os debates relativos a normas principiológicas.

Aplicar normas dotadas de caráter principiológico requer um método de trabalho complexo, ajustado às necessidades dos destinatários e adaptado ao tipo de norma trabalhada. Essencialmente, os princípios são lavrados em termos genéricos, em linguagem aberta e dependentes de trabalho exaustivo de concretização.¹⁸¹ É da essência desses preceitos um constante amoldamento de sentido à situação social e ao meio em que incidem.

A concretização de princípios – aqui tomada como verdadeira atividade de gênese de normas – depende, em essência, da realidade concreta. Antes desse momento, difícil imaginar que exista, no cerne de tais direitos, o sentido completo dos enunciados linguísticos, a meramente aguardar sua descoberta.

Como se percebe (e já se adiantou em tópico precedente), adotou-se a distinção proposta por Ronald Dworkin, posteriormente desenvolvida por Robert Alexy, que diferencia

¹⁷⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.) et al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

¹⁸⁰ Exemplo da importância dos chamados métodos tradicionais de exegese na doutrina contemporânea pode ser conferido na Teoria da Argumentação de Alexy, em parte lastreada nos chamados “cânones de interpretação”, os quais entrariam, inclusive, na chamada *justificação externa*, ou seja, como fundamento para supedanear a própria ordem jurídica (*Teoría de La Argumentación Jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Op. cit., p. 225/240).

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 90.

as espécies normativas em regras e princípios. Embora não se desconheçam as críticas ao modelo proposto, julga-se ser, ainda, o mais útil e cientificamente coerente para explicar o fenômeno jurídico tal como se apresenta nos dias atuais. Alguma abordagem de tema constitucional que o desconsiderasse, ainda que para refutá-lo ou recriminá-lo, incidiria em grave omissão.

Nesse ponto, a doutrina de Robert Alexy, exposta no seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, apresenta-se como um referencial importante e adequado para representar a temática em debate, cujos contornos primaciais foram adiantados brevemente em linhas pretéritas.

O trabalho de Alexy é baseado na inteligência de que os princípios são mandamentos de otimização, realizados “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo “satisfeitos em graus variados”.¹⁸² Embora sejam lições hoje comuns nos textos produzidos no Brasil e no exterior, representam uma mudança de paradigma em relação ao pensamento clássico, cujo cerne girava em torno da definição dos direitos subjetivos ao caso concreto e da busca por afirmações conclusivas e verdadeiras. Os princípios, como diz o autor germânico, contêm um mandamento *prima facie*.¹⁸³

Esses pressupostos científicos mostram-se vitais para a análise a ser desenvolvida. Isso porque os direitos fundamentais (e as políticas públicas daí consequentes), ao menos em nível constitucional, são plasmados, habitualmente, por meio de normas principiológicas, merecendo o mesmo tratamento a ser aplicado àquele tipo normativo.

Essa assertiva não pretende excluir ou menosprezar a importância que as regras desempenham para a construção do regime jurídico dos direitos sociais (e das políticas públicas), mesmo porque, normalmente, o sistema somente é preenchido satisfatoriamente com a edição de diplomas normativos de nível infraconstitucional, como no caso da saúde e educação, citados em parágrafos precedentes.

Indiscutível que os referenciais normativos podem variar de país para país. Ao contrário do sistema alemão – que não contempla, expressamente, normas de direitos sociais fundamentais –, a Constituição brasileira prevê um corpo expresso de espécies normativas de direitos sociais.¹⁸⁴ Esse fator é relevante para embasar as tarefas exegéticas subsequentes.

O grande número de regras sobre o assunto, fato insofismável do sistema brasileiro, fecha o quadro sobre o qual se debruça o jurista.

¹⁸² *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 90.

¹⁸³ *Idem*, p. 104.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 500.

De toda forma, permanecem os problemas de como extrair os enunciados normativos desses preceitos, atividade prévia e necessária à maior parte dos problemas relativos à efetividade dos direitos sociais. Essa é a questão em torno da qual trabalha Alexy, propondo um modelo que tem na ponderação ou sopesamento um mecanismo essencial para formar as soluções em cada caso. A chamada *lei de colisão* surge a partir das circunstâncias fáticas e jurídicas do episódio concreto, porquanto todos os princípios, abstratamente considerados, teriam a mesma relevância.¹⁸⁵

Essa é uma fórmula válida para todos os intérpretes do texto constitucional, sejam os legisladores no momento de confeccionar os atos normativos, sejam os operadores do direito no momento de aplicá-lo e fazer a competente *filtragem constitucional*.¹⁸⁶ Aliás, um dos equívocos das teorias tradicionais da argumentação jurídica, com reflexos nas análises sobre políticas públicas, é descurar da investigação dos processos produtivos das normas jurídicas, sejam aquelas feitas pelo Legislativo, sejam pelo Executivo.¹⁸⁷

Parece existir certa tensão nesse ponto, já que, de um lado, existem normas aptas a produzir plenos efeitos, clamando aplicabilidade. Há um discurso razoável, construído com muito esforço pela doutrina nacional e com ecos jurisprudenciais, apto a garantir uma aplicação efetiva de direitos outrora não reconhecidos como tais, pois eram vistos como simples programas destituídos de eficácia. A Constituição, como diz conhecida passagem do voto do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, não é uma promessa inconsequente.¹⁸⁸

A frase é incisiva e pode supedanear propostas ousadas para a atuação do Judiciário, inclusive para reconhecer a inconstitucionalidade de políticas públicas, seja por descompasso expresso com normas constitucionais, seja pela insuficiência na proteção de direitos fundamentais; em último caso, até mesmo para reconhecer uma indevida ausência de programas estatais onde eles deveriam ocorrer. Conduzida sob certa perspectiva, essa

¹⁸⁵ Idem, p. 94/103. Como sustenta Ana Paula de Barcellos: “De uma forma muito geral, a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para os casos difíceis (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado” (*Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, Op. cit., p. 55).

¹⁸⁶ Aqui entendida como o fenômeno segundo o qual toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, Op. cit.).

¹⁸⁷ ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*, Op. cit., p. 213.

¹⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADPF n.º 45, Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 29/4/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2012. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, Op. cit., p. 11.

ideologia jurídica pode levar ao raciocínio de que toda norma constitucional deve produzir resultados máximos.

Porém, todas as cláusulas constitucionais – não apenas aquelas de eficácia limitada – demandam algum tipo de regulamentação e podem sofrer restrições, pois:

(...) as normas de eficácia contida são normas que enunciam uma reserva legal em matéria de restrição dos efeitos, não restando afastada a possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos fundamentais que não foram colocados pelo constituinte sob uma expressa reserva legal, já que, ao menos em princípio, inexistente direito fundamental (mesmo que veiculado em norma de eficácia plena) completamente imune a toda e qualquer limitação.¹⁸⁹

Concorda-se com Alexy quando afirma ser “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”.¹⁹⁰ Somente o caso concreto – com seus contornos próprios, a época de ocorrência, os sujeitos envolvidos, suas consequências econômico-sociais, os pressupostos valorativos – é que definirá, em sua integralidade, os efeitos jurídicos das normas invocadas. Principalmente quando diante de preceitos de direitos sociais, inviável estabelecer, aprioristicamente e com base em silogismos herméticos, a verdadeira extensão dos comandos legais.

Ademais, muitas normas da Constituição de 1988 são resultado de compromissos entre interesses contrapostos, inerentes a sociedades heterogêneas e pluralistas. Por isso, aquela Carta contém princípios antagônicos, somente conciliáveis a partir de técnicas hábeis a garantir-lhe a coexistência. Vistos separadamente, poderiam conduzir à conclusão equivocada de um absolutismo inexistente.

Ressaltar esse aspecto duvidoso dos direitos, no entanto, não é incompatível com a possibilidade de erigir argumentos dogmáticos auxiliares da construção do sentido de cada norma. Mesmo as abordagens neoconstitucionalistas partem de indicativos que permitem a construção de saídas para os casos difíceis. Não existem espaços para arbitrariedades (ou, pelo menos, há formas de evitá-las), como bem colocado por Luiz Pietro Sanchis.¹⁹¹

¹⁸⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 249. Na mesma linha: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 230.

¹⁹⁰ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 512. No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos direitos sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 85.

¹⁹¹ *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Op. cit., p. 123/157. Na mesma direção, Mauro Cappelletti ressalta que a possibilidade de escolhas pelos julgadores não significa qualquer arbitrariedade, mas a possibilidade de exercer discricionariedade dentro de certos parâmetros, inclusive de “balanceamento”: (*Juizes Legisladores?*, Op. cit., p. 33).

Entende-se como tese mais razoável propor o manejo da ponderação também para avaliar a legalidade (inclusive constitucional) das políticas públicas, tanto no que toca à elaboração de suas normas, como na análise de eventuais deficiências. O conjunto de normas e seus múltiplos elementos não comportam apenas exegeses literais ou métodos clássicos, embora esses sejam de grande valia.

As normas de direitos sociais impellem para uma atuação estatal positiva¹⁹², em contraste com a anterior postura essencialmente preservadora da liberdade e segurança. Esse predicado acaba por robustecer o estilo complexo de aplicar suas normas, em especial pelos altos custos envolvidos em torná-las palpáveis.¹⁹³

A previsão de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e congêneres ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana (o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações) indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada e respeitada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios condutores do sistema, como o da separação dos Poderes.¹⁹⁴

Não se descarta de que cada um dos problemas/questionamentos feitos acima se prende a diversos aspectos influentes no seu tratamento jurídico. Pretende-se ressaltar que a afirmativa de que alguns direitos têm efetividade necessita, para o bem de um discurso coeso, vir acompanhada de parâmetros que permitam identificar qual o conteúdo desse direito em cada caso. Se assim não for, corre-se o risco de se criar um discurso pouco coerente, no qual, após a assertiva da existência de direitos definitivos, propõe-se, na mesma preleção, que certas demandas não podem ser atendidas por fatores que, em tese, não poderiam obstar o pleno cumprimento daquelas garantias.

Evitam-se, entretanto, afirmativas de cunho absolutista. Trabalha-se na perspectiva de que a aplicação de princípios jurídicos deve ser balizada, em grande medida, pelas circunstâncias do caso¹⁹⁵, observados os parâmetros proveitosos para o alcance dos

¹⁹² GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 10, jan./jun., 2008, p. 58. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27222>>. Acesso em: 04 fev. 2012.

¹⁹³ Não se quer dizer que as normas garantidoras das liberdades individuais – componentes do que ficou conhecido como a *primeira geração de direitos* – não envolvem custos para o Estado. Todos os direitos são, em alguma medida, onerosos, como se defendeu em linhas precedentes. A ideia é apenas destacar que as normas de direitos sociais implicam, para sua realização, uma estrutura pública mais custosa, o que parece inequívoco.

¹⁹⁴ *Idem*, p. 58.

¹⁹⁵ “Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nessas condições”. (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Op. cit., p. 205).

respectivos conteúdos. Há de haver um equilíbrio entre a necessária flexibilidade do caso concreto e as referências dogmáticas.

CAPÍTULO 7 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU CONTROLE JURISDICIONAL: CONCEITOS GERAIS

7.1 Considerações preliminares

Poucos assuntos despertam tamanho interesse e rendem tantas pesquisas acadêmicas como o controle, pelo Judiciário, dos atos administrativos e legislativos, em especial quando envolvem (ou supostamente envolvem) políticas públicas. O objetivo deste item do trabalho é o de aplicar os estudos feitos nos tópicos anteriores e verificar sua utilidade para lançar algumas luzes sobre o tema, notadamente a partir do exame dos elementos formadores das políticas públicas.

Vê-se que a aplicabilidade de direitos reconhecidamente fundamentais de nosso Estado depende de um substrato técnico-jurídico apto a reconhecer a sua violação, o que se mostra problemático em muitos casos.

Entende-se razoável a observação de que, em um sentido lato, a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas ocorre mesmo em casos triviais, como na concessão de um benefício previdenciário, porquanto o ato judicial importará na alocação de mais recursos para esse fim, redundará na alteração de certos procedimentos para atender ao caso concreto, além de representar um paradigma para outras pessoas em situação equivalente.¹⁹⁶ O mesmo raciocínio deve ser aplicado às demandas tributárias propostas por contribuintes almejando repetição de indébito ou por servidores públicos visando o reconhecimento de direitos subjetivos em seus vencimentos, dentre outros.

O interesse da doutrina e o debate na jurisprudência não residem, com certeza, nessas hipóteses de correções pontuais de atos administrativos, resolvidas a partir de esquemas clássicos e conhecidos da dogmática. Essas lides, embora possam envolver problemas jurídicos intrincados do relacionamento pessoas físicas/jurídicas → Estado, nada mais representam do que o reconhecimento de ilegalidades administrativas típicas e menos problemáticas.

Importantes e controversos (e, por isso mesmo, o foco deste estudo) são os casos que abarcam atividades judiciais que entram mais profundamente nas escolhas administrativas e legislativas, revolvem com maior senso crítico as preferências manifestadas pelos legisladores ou pelos administradores e, em algumas hipóteses, notadamente em processos de índole

¹⁹⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*, Op. cit.

coletiva, chegam mesmo a determinar os caminhos futuros das condutas do Estado em relação a todo grupo atingido.

Compartilha-se do entendimento de que as normas de direitos fundamentais “são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”¹⁹⁷, de maneira que cabe ao controle judicial estabelecer, como última palavra, se o direito reclamado se encontra presente. Nesse sentido tem-se manifestado o Supremo Tribunal Federal, admitindo que o Poder Judiciário tome parte como agente indutor da realização das políticas públicas. Transcreve-se ementa que bem resume o atual posicionamento da Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. VAGA EM ESTABELECIMENTO DE EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que "embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁹⁸

Entende-se que as respostas para as controvérsias devem ser extraídas da integralidade do sistema normativo, inclusive das regras vigentes. O recurso a este último grupo normativo, aliás, pode facilitar sobremaneira, obviamente sob uma perspectiva constitucional, a identificação dos direitos, inclusive dos sociais. O sistema de ideias que permeia este trabalho é o de que os fatos concretos são essenciais para a completa configuração dos direitos, sendo igualmente indispensáveis, porém, referenciais dogmáticos e jurisprudenciais que permitam uma maior racionalidade para as atividades do intérprete. As políticas públicas entram como item de alto valor para a tarefa de construir soluções.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 511. Como sói acontecer em qualquer debate jurídico, essa concepção científica encontra opositores, em especial, os juristas vinculados às chamadas “correntes procedimentalistas”. Entre nós, apenas para exemplificar, Álvaro Ricardo de Souza Cruz na obra *Habermas e o Direito Brasileiro* (Op. cit., p. 139): “(...) a ponderação de valores não consegue se ver livre de uma irracionalidade metodológica e de um decisionismo que são capazes de transformar a atividade jurisdicional em Poder Constituinte originário”. No exterior, destaque para o trabalho de John Hart Ely e sua concepção do controle judicial como um mecanismo para garantir a proteção do processo democrático, mas não para intervir diretamente sobre o mérito das decisões políticas (*Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980, p. 181).

¹⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE-AgR nº. 595595, 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 28 abr 2009. DJE de 28/5/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

7.2 A existência de uma política pública e sua importância para o controle judicial

Não raramente, União, estados-membros (Distrito Federal) e municípios utilizam, contra a revisão judicial de seus atos, o argumento de que certa conduta está inserida em uma política pública. A primeira indagação a ser feita pelo operador do direito ante casos onde se discutem ações (ou omissões) do Estado é sobre a existência efetiva de uma política pública relacionada às situações em debate, em especial, se estão presentes seus elementos constitutivos e configuradores.

Isso porque quando existe, de fato, uma política pública, a apreciação judicial é naturalmente submetida a parâmetros diferenciados, especialmente quanto à profundidade do controle. Viu-se que uma política pública representa um conjugado de atos resultantes de decisões tomadas pelo Estado em variados níveis governamentais e, dentre de cada um deles, atuam, como executores e elaboradores, diferentes órgãos e instâncias. É manifesto, pois, que as políticas públicas são resultados de decisões fundamentais dos responsáveis por gerir os negócios do Estado.

Assim, reconhece-se que as políticas públicas representam mecanismo decisivo para o controle judicial dos atos administrativos. Não mais como um dogma impeditivo do trabalho revisional e corretivo do Poder Judiciário, ou anteparo para albergar condutas arbitrárias e insindicaíveis, mas como um fator interferente na amplitude com que é exercido o controle. Senão, veja-se.

A efetiva existência (que implica, como visto, não apenas em um conjunto de normas lavradas em documentos escritos, mas o efetivo cumprimento de seus preceitos) de uma política pública gera a presunção de que houve o exercício, pelos Poderes competentes, da sua aptidão decisória para traçar os caminhos a serem seguidos pelo Estado no cumprimento de normas constitucionais. Uma vez expostos a finalidade, os princípios reitores, as diretrizes, a organização e gestão, o detalhamento de ações governamentais, a identificação das fontes de recursos financeiros e, por fim, havendo o efetivo cumprimento desses preceitos, é bastante provável que se esteja perante as escolhas essenciais feitas pelo Legislativo e Executivo.

O julgador deve partir desses elementos para identificar, em um primeiro instante, se existe uma política pública. Havendo resposta positiva a esse quesito, cumpre arguir se houve um programa bem ou mal elaborado, bem assim, se a execução da política transcorre em bases técnicas razoáveis. Esse *iter* funcionará, em essência, como referencial de controle.

Ver-se-á, mesmo porque não se pactua com superadas ideologias, que o reconhecimento de uma política pública não implica a impossibilidade de o Judiciário

reconhecê-la como contrária aos ditames do sistema jurídico, seja por ofensa expressa de suas normas, seja por insuficiência nos meios ou resultados.

Almeja-se, tão somente, assentar a concepção de que, quando diante de veras políticas públicas, a tarefa revisional do Judiciário deve assumir feição mais cuidadosa, sob pena de desrespeito àquele núcleo fundamental constitucionalmente reservado ao Legislativo e ao Executivo. Embora seja o Poder Judiciário o responsável por estabelecer a palavra final sobre legalidade, isso não significa que sua atuação dar-se-á, sempre, de forma a alcançar o grau máximo de suas aptidões corretivas. Como repetido à exaustão, nenhum princípio é aplicado de forma absoluta, nem mesmo a inafastabilidade prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Caso inexistente uma política pública, a força da análise judicial ganha contornos mais fortes e possibilidades mais dilatadas, pois se cuidará do exame de atos administrativos ou legislativos isolados, para os quais não houve o prévio desenvolvimento das complexas tarefas típicas das políticas públicas.

Não quer isso dizer que atos administrativos não integrantes de políticas públicas possam ser livremente revistos e desconstituídos ao mero talante dos julgadores. Mencionou-se, noutra quadra, que múltiplos elementos influenciam o controle da Administração Pública pelo Judiciário. Mesmo quando ausentes normas e ações organizadas, há fatores outros a ser respeitados, como a própria discricionariedade administrativa ou as consequências econômico-financeiras da providência almejada pelos autores da demanda.

Chama-se atenção, apenas, que as políticas públicas constituem um ingrediente de alta relevância, tornando as condutas a elas não vinculadas mais suscetíveis de ser judicialmente revistas. Inexistentes planejamento e organização prévios, dessume-se que legisladores e administradores utilizaram de maneira menos incisiva as escolhas constitucionais, de forma que o controle feito pelo Poder Judiciário fica aberto a possibilidades mais amplas e, por isso, mais contundentes.

Eis a importância de fixar o que é necessário para compor uma política pública, quais seus elementos configuradores e caracteres estruturais. Identificada a política pública, alguns caminhos parecem necessários ao intérprete que necessita utilizá-la como parâmetro decisório.

Na esteira do que vem sendo defendido neste trabalho, cabe focar, em um primeiro momento, as regras componentes da política pública, evitando, desnecessariamente, recorrer aos princípios, notadamente os constitucionais. Muitas vezes, as próprias normas ordinárias estabelecem amplas garantias aos cidadãos, satisfazendo-os em suas necessidades. Veja-se o exemplo do direito fundamental à saúde.

A análise da Portaria Ministério da Saúde nº 373/2002 – consolidadora das regras da atenção básica aos cidadãos – demonstra que o compromisso estatal compreende um leque expressivo de ações naquela seara: controle da tuberculose, problemas cardíacos, diabetes, saúde da mulher, saúde da criança, exames clínicos variados, saúde bucal, todos assumidos como pactos basilares do Estado brasileiro para com a integralidade dos cidadãos, inclusive com aqueles que poderiam, em tese, arcar com as despesas médicas na rede particular.

Aos interessados cujo acesso à rede pública seja negado, seria mesmo despiendo o recurso argumentativo a princípios constitucionais ou mesmo ao onipresente primado da dignidade da pessoa humana, bastando indicar a mencionada Portaria nº 373/2002 e, em paralelo, o mau funcionamento dos serviços públicos de saúde já instalados. Foi o caso de julgamento ocorrido na Justiça Federal – Seção Judiciária de Alagoas, em que o autor pretendia a feitura, custeada pelo SUS, de cirurgia, obstada na rede pública pela quebra do único aparelho destinado ao procedimento.¹⁹⁹

Essa percepção reforça a ideia de que “boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (...) decorre muito mais de desvios na *execução* das políticas públicas do que de falhas na *elaboração* dessas mesmas políticas”.²⁰⁰

Repita-se, pois relevante, que não se almeja minimizar a importância dos princípios jurídicos para a regência da vida social ou como parâmetro de solução dos conflitos, mas apenas evitar que se “queimem etapas” na busca por uma saída para resolver conflitos. O sistema jurídico brasileiro já é bastante regulamentado, estando, ademais, bem assentada em nossa cultura jurídica (principalmente na última década) a ideia da necessária filtragem constitucional desses dispositivos, de maneira que utilizar as regras não significa, necessariamente, um desprestígio da Carta Magna.

Não se propõe, adverte-se, o conceito da legislação ordinária como delimitadora das normas constitucionais ou impeditivas dos plenos efeitos da Carta Magna, mas somente como um item facilitador na visualização dos direitos fundamentais em sua perspectiva real, mesmo porque as normas infraconstitucionais exercem, como padrão, a tarefa de concretizar os primados constitucionais. Postura contraproducente, ou seja, a de dificultar o bom emprego da Carta Magna, é a exceção.

¹⁹⁹ Processo nº. 0005610-48.2008.4.05.8000, cuja sentença de procedência foi posteriormente confirmada pelo TRF da 5ª Região: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região – APELREEX nº 6873/01, 3ª Turma. Rel. Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho. Julgado em 17 dez. 2009. DJE de 22/2/2010. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

²⁰⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Op. cit., p. 598, grifos do original.

O controle judicial das políticas públicas insere-se como uma das características do chamado *neoconstitucionalismo*, fortemente influenciado pelas ideias de força normativa dos princípios, da reaproximação entre direito e ética, e da proeminência da atuação jurisdicional. De toda forma, as escolhas fundamentais, a demarcação das linhas gerais, cabem à atividade política. Como diz Ana Paula de Barcellos²⁰¹, a escolha das políticas a serem implementadas é, por disposição constitucional, conferida à definição político-majoritária; o trabalho judicial seria o de simplesmente corrigir eventuais desvios.

Eis o grande problema: conciliar as duas proposições, harmonizando a efetividade dos direitos fundamentais com o necessário respeito aos espaços reservados aos administradores e legisladores.

As políticas públicas, segundo influentes doutrinadores, não poderiam, em respeito à própria cidadania, ser formuladas originariamente pelo Poder Judiciário.²⁰² Essa observação remete ao tópico seguinte, que busca justamente discutir a utilidade dessa afirmativa, corriqueira nos trabalhos sobre o tema. Dizer que o Judiciário pode corrigir políticas públicas parece razoavelmente assentado em nossa dogmática; o problema está em reconhecer em que medida esse amoldamento pode, sem prejuízo ao equilíbrio de competências, acontecer.

7.3 As escolhas de cada Poder: o núcleo essencial

Deve haver, como já mencionado noutro ponto, um natural respeito do Judiciário às decisões basilares do Legislativo e do Executivo, ao *núcleo essencial* relacionado às atribuições básicas destes últimos, resultado do livre funcionamento das suas instâncias competentes. A Constituição garante a possibilidade de aqueles Poderes elegerem mais de uma alternativa quando diante das escolhas próprias de suas competências, e nisso reside um dos caracteres básicos dos regimes democráticos. Apenas nos sistemas autoritários as ações do Estado decorrem de pensamento único, outorgado sem possibilidade de alternativas distintas e mesmo antagônicas.

Mesmo em face de uma Constituição minudente, como a brasileira, por vezes deslembra-se que as casas parlamentares e os órgãos executivos dispõem de ampla margem para propor soluções em temas relevantes. Embora existam balizas, não há engessamentos. Assim, malgrado uma mudança econômica, *v.g.*, supressora do direito de propriedade venha de encontro ao sistema constitucional em vigor, é possível ao governo brasileiro optar por

²⁰¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*, Op. cit. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, Op. cit.

²⁰² FIGUEIREDO, Marcelo. *Op. cit.*

alternativa econômica que privilegie peculiar setor da indústria, escolhido como mais atrativo ao interesse nacional.

Da mesma forma, é franqueado ao poder público, garantido um funcionamento razoável das engrenagens do setor público e do privado, determinar que a prestação dos serviços públicos ocorra dentro de certa escolha tecnológica; que a agricultura familiar tenha prioridade como fonte de produção alimentícia ou que a segurança pública adote, como estrutura, vários organismos policiais distintos e autônomos. Em cada área de interesse existem decisões de alta envergadura, definidoras das linhas a serem adotadas pelos particulares e pelo próprio Estado. E, uma vez que não se vive em tempos de verdades absolutas, há margem para escolhas, mesmo porque o debate está na essência dos regimes participativos. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, conforme se infere da seguinte ementa:

(...) 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (CF, art. 22, IV), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.²⁰³

O cerne das atividades do Legislativo e do Executivo, nos dias atuais, convergiria para decisões desse quilate. Resolver temas tão importantes envolve o cotejo de fatores multidisciplinares e complexos, além de alguma dose da vontade dos detentores de mandatos políticos em fazer, na prática, sobressair certo ponto de vista acerca de como deve ser a realidade. Caso situada nas fronteiras constitucionais, essa atividade é não apenas lícita, como privilegiada e protegida de interferências externas.

Assim, embora as funções típicas do Legislativo e do Executivo admitam o compartilhamento interorgânico, haverá sempre um núcleo essencial que somente pode ser exercido pelo Poder competente.²⁰⁴ No caso das políticas públicas, essa atividade indelegável encontra seu âmago nas escolhas feitas para definir os elementos formadores, de maneira que alterar, incisivamente, qualquer deles (finalidade; princípios reitores; diretrizes; forma de

²⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADI nº 3343, Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 1 set 2011. DJE de 21/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 mar. 2012.

²⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Op. cit., p. 116.

organização e gestão; a atribuição dos deveres e competências; fontes de recursos financeiros) representaria uma conduta judicial ilegítima.

Significa que o Poder Judiciário não deve modificar os aspectos da política pública que definem a essência do programa e determinam sua fisionomia. As opções primordiais arranjadas pelos formuladores (principalmente no Legislativo) estabelecem a medida das ações do Estado e, à primeira vista, merecem ser preservadas de revisões agudas, sob pena de colocar em risco, inclusive, o princípio democrático²⁰⁵.

Há, em muitos casos, mais uma hipótese constitucionalmente possível para resolver temas complexos.²⁰⁶ Essa é uma circunstância que não pode fugir ao julgador, sob pena de exercer um mero juízo substitutivo, sobrepondo suas preferências pessoais às dos legisladores (e membros do Executivo, quando no exercício de suas escolhas constitucionalmente garantidas).²⁰⁷

7.4 Entre a eficácia dos direitos e o respeito às decisões do Legislativo e do Executivo

Depois do exposto nas linhas precedentes, pode-se afirmar que a efetividade dos direitos consignados em políticas públicas: a) está sujeita a mudanças circunstanciais, quer dos textos legais, quer das leituras extraídas destes; b) não possui foros de absolutismo; c) está submetida a avaliações multidisciplinares. Bem observando, as próprias normas infraconstitucionais desempenham o papel de tornar concretos os direitos e em que medida isso deve ser feito. Os preceitos construídos como arquétipos das políticas públicas (leia-se: seus elementos formadores) devem ser lidos na perspectiva e presunção de sua constitucionalidade, não o contrário.

Neste ponto, cumpre mencionar alguns dos fatores que podem interferir na análise constitucional das políticas públicas, tais como: os parâmetros de eficiência, o alcance das

²⁰⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.43, nº 172, out./dez. 2006, p. 51. Em igual senda, Humberto Ávila ressalta que o ambiente onde a pluralidade de concepções do mundo e de valores encontraria espaço para o debate democrático seria o Poder Legislativo (“Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”, Op. cit.).

²⁰⁶ “Quando razoavelmente justificáveis mais de uma posição para a adoção de uma norma infraconstitucional, o intérprete precisa evitar a interpretação da Constituição que indica a única providência material disponível ao Estado diante da Constituição”. (SANTOS, Gustavo Ferreira. *Neoconstitucionalismo e democracia*, Op. cit., p. 52). Sobre o mesmo tema, vide as críticas de Otto Bachoff acerca da intervenção do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre as escolhas legislativas em matéria de aborto (*Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política*. Op. cit., p. 19).

²⁰⁷ VILHENA, Oscar. (Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, nº 2, Jul./Dez. 2008, p. 452) menciona a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso das células-tronco como exemplo de atuação judicial substitutiva (e, segundo ele, indevida) das escolhas políticas feitas pelo legislador.

políticas, a razoabilidade das escolhas segundo o estado da técnica e a razoabilidade das alternativas escolhidas.

A pacífica convivência entre a doutrina da efetividade e o respeito às decisões dos demais Poderes traz, não raramente, problemas de monta. Isso porque, levada às últimas consequências, os direitos fundamentais apresentam possibilidade quase infinitas de cumprimento, considerando as intermináveis necessidades humanas, nos mais diversos setores e interesses. Nessa linha, seriam contrárias ao Texto Maior quaisquer restrições a direitos fundamentais, como, por exemplo, os testes seletivos para ingresso em universidades públicas (direito à educação); ou qualquer meio de transporte baseado na queima de combustíveis fósseis, já que poluentes (direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado).

De toda forma, ressalte-se que o Poder Judiciário não é legítimo apenas para concretizar as condições mínimas de vida, mas todas aquelas necessárias para que cada indivíduo possa “realizar um projeto razoável de vida”²⁰⁸, condições que se mostrem aptas a ser universalizadas.

A primeira pergunta a ser feita no controle judicial (incrivelmente singela para um profissional do direito, especialmente aos ainda acostumados à influência positivista, mas desconsiderada muitas vezes na prática do foro), é se existe uma norma que determine ao Estado (ou a terceiros que atuem com *múnus público*) adotar certo comportamento, providência ou um conjunto de medidas.

Isso porque a afirmativa de que ao Poder Judiciário não compete elaborar políticas públicas, ainda bastante comum, pode esbarrar em disposições expressas da própria lei.

Para certa corrente de pensamento, ao Judiciário não é dado prolatar decisões que obriguem a Administração a realizar “grandes serviços e empreendimentos públicos, dependente de um sem-número de fatores e insuscetíveis de cumprimento por meio de apenas um estalar de dedos”.²⁰⁹ Mais uma vez a proposta de Alexy acerca dos fundamentos para a decisão fornece subsídios proveitosos, pois afirma que “Aquí se puede ya establecer un punto:

²⁰⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Op. cit., p. 537.

²⁰⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, Op. cit., p. 123.

la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente”.²¹⁰

Nesse diapasão, imagine-se uma ação civil pública em que o Ministério Público pede que um município seja obrigado a: 1) fazer o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território; 2) localizar áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos; 3) identificar as possibilidades de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros municípios na gestão integrada de resíduos sólidos; 4) definir os procedimentos operacionais e especificações mínimas a serem adotados nos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, incluída a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; 5) elaborar indicadores de desempenho operacional e ambiental dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; 6) criar programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos.

Seguindo o raciocínio clássico e na linha do que tradicionalmente fora lição corrente na doutrina e jurisprudência nacionais, poder-se-ia dizer que uma ordem judicial favorável aos pedidos mencionados, em face da amplitude e dos efeitos de evidente abrangência, poderia ser tachada de invasiva à esfera de agir do Poder Executivo, pois estaria, ao arrepio do princípio da separação entre os Poderes, elaborando uma política pública, condicionando todo um conjunto de fatores humanos e materiais.

Ocorre que são providências alocadas, expressamente, no artigo 19 da Lei nº 12.305/2010 (instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos), conteúdos obrigatórios do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos²¹¹. Seria suficiente uma abordagem positivista em seus moldes tradicionais para resolver o problema, pois o Judiciário, ao julgar procedente o pleito, estaria exercendo, simplesmente, sua tradicional função de aplicar a lei *in concreto*, respeitando, em consequência, a separação dos Poderes em seu sentido clássico e tradicional.

Nesse caso, não haveria de se falar, sequer, em desempenho discricionário da Administração Pública, pois seriam, no caso da Lei nº 12.305/2010, obrigações colocadas de

²¹⁰ *Teoría de la Argumentación Jurídica*: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Op. cit., p. 206.

²¹¹ As considerações acima pressupõem que o município tenha optado por elaborar um plano de gestão integrada. Isso porque, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.305, a feitura daquele documento é meramente induzida ao ente local, condição para “terem acesso a recursos da União, ou por ela controlados, destinados a empreendimentos e serviços relacionados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos, ou para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade”. Essa observação é relevante para enfrentar possíveis questionamentos ante a cláusula constitucional que estabelece a estrutura federativa do Estado brasileiro.

maneira objetiva pelo legislador e sem margens para outras alternativas. Foram, ademais, adotadas em seguida ao competente processo parlamentar, com todas as possibilidades de participação democrática, de forma que se mostrariam pouco críveis argumentos relacionados ao caráter arbitrário da providência. O Judiciário não criaria, normativamente, qualquer política.

Verdade que cada uma daquelas providências pode ser colocada em prática de várias formas distintas. O Judiciário não deve imiscuir-se a ponto de estabelecer detalhes que comprometam as possibilidades de escolha da Administração. Isso, no entanto, deixa intocada a possibilidade de, ao menos, ordenar que as medidas sejam postas em prática de alguma forma a ser escolhida pelo Executivo.

Por isso mesmo, entende-se que não será a envergadura econômica ou administrativa das providências requestadas um fator determinante para o sucesso de uma demanda, mas, como primeiro critério, a forma como essas se encaixam nos preceitos legais de regência. Quanto maior a objetividade das prescrições legais, quanto mais claros os direitos e obrigações previstos, menor a liberdade do administrador e maiores as possibilidades de intervenção judicial.

Na mesma linha, assumindo compromissos expressos de, universalmente, garantir “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria” (artigo 208, I), como também “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (artigo 208, IV), o constituinte estabeleceu a clara possibilidade de ordens judiciais garantidoras daquelas cláusulas. Lícito que, mesmo nesses casos, haja ampla margem de escolha para os administradores. Por exemplo, qual a proposta pedagógica a ser aplicada aos estudantes, a localização das escolas (desde que não comprometa significativamente o acesso), o nível de qualificação dos profissionais prestadores do serviço, dentre outros aspectos relevantes da política pública. Quanto a esses itens, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo definir suas escolhas. Mas o reconhecimento de uma obrigação de fazer, nos limites constitucionalmente antevistos, nada apresenta de invasivo.

A determinação de matrícula de estudantes por força dos mencionados dispositivos teve, até mesmo, a chancela do próprio Supremo Tribunal Federal.²¹²

²¹² DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e

Mesmo na tradição clássica, a eficácia mínima dos direitos pode ser aferida a partir do sentido literal da linguagem. Em hipóteses como as apontadas, entender que o Judiciário não poderia determinar sequer aquilo expressamente consignado no texto seria menoscabar o papel daquele Poder, não apenas retomando uma leitura suplantada do sistema jurídico, mas adotando entendimento ainda mais anacrônico e refratário à efetividade das normas.

7.5 Controle das normas e controle dos resultados

Anteriormente falou-se que as políticas públicas podem ser captadas em dois momentos distintos: o normativo-hipotético e o concreto. Os processos de controle pelo Judiciário caminham *pari passu* com esses instantes. Dizendo em outros termos, a atividade revisional pode ter como objeto: I) uma crítica das normas que compõem a política pública (principalmente acerca da constitucionalidade de seus elementos); II) um controle sobre os resultados das políticas em funcionamento; III) que, simplesmente, haja uma ordem determinando o cumprimento de regras em vigor, as quais estavam insatisfeitas na realidade concreta; IV) uma ordem judicial que, concluindo pela inexistência da política, determine medidas supridoras.

A revisão sobre as normas integrantes das políticas públicas pode se dar tanto nos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade (a cargo do Supremo Tribunal Federal), como no controle difuso, a ser realizado por qualquer magistrado, em todos os graus de jurisdição.

Decerto que o controle acerca dos resultados concretos se reveste de uma metodologia diferenciada, pois será aferido, a partir de informes reais, se a conduta do Estado se ajusta ao que ficou estabelecido na norma, em legítimo controle sobre resultados. Pressupõe, ainda, que a política esteja normativamente elaborada e em presumível funcionamento.

O operador do direito, acostumado e preparado, via de regra, a confrontar normas jurídicas e trabalhar no plano eminentemente teórico, vê-se diante da premência em utilizar conhecimento de outros campos do saber para testar a efetividade das políticas públicas. Isso porque, no controle de resultados, a principal necessidade do operador é estabelecer quando as políticas públicas são ineptas e, por isso, inconstitucionais.

unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE-AgR nº. 464143, 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 15 dez. 2009. DJE de 4/2/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2011).

É o caso das incontáveis demandas tendentes a questionar as listas de medicamentos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, situações nas quais os magistrados devem, como um dos passos a ser seguidos para o desate do problema, avaliar se a política em vigor é suficiente aos objetivos visados. Da mesma forma com as lides questionadoras das opções administrativas em matéria educacional ou de segurança pública.

Vários problemas surgem no controle de resultados, “especialmente quando se focaliza as políticas sociais (usualmente entendidas como as de educação, saúde, previdência, habitação, saneamento, etc.), os fatores envolvidos com a aferição de seu ‘sucesso’ ou ‘fracasso’ são complexos, variados, e exigem grande esforço de análise”.²¹³ Isso se reflete na dificuldade cotidiana em considerar certa política pública como inconstitucional ou insuficiente.

Esse ponto demonstra a importância de o julgador buscar referências em outros ramos do conhecimento jurídico para dizer, por exemplo, que a política de proteção ao meio ambiente é precária ou que a política agrícola não atende aos reclamos constitucionais para o setor. É vital que o Executivo e o Legislativo tenham desenvolvido suas escolhas a partir de critérios cientificamente sustentáveis, razoavelmente aferíveis e democraticamente aceitos. As respostas para essas questões, todavia, passam por inúmeros ingredientes.

7.6 Fatores que integram a ponderação no controle de políticas públicas

Em distintas vertentes do pensamento jurídico, a avaliação de que o texto dos documentos legislativos não pode ser confundida com o resultado da sua interpretação ganha adeptos e estudos. Nesse sentido, para citar ao menos uma, a influente teoria de Paulo de Barros Carvalho, fortemente influenciada pela linguística.²¹⁴

Nesse horizonte, os textos normativos seriam apenas “suportes físicos”, “aguardando que alguém lhes dê sentido” e, portanto, faça surgir a norma jurídica propriamente dita.²¹⁵ Esse é um ponto de vista que se opõe diametralmente ao costumeiro entendimento de que os magistrados apenas revelariam a norma previamente posta pelo legislador.

Parte-se do pressuposto “segundo a qual o texto normativo previamente elaborado não expressa a norma propriamente dita, mas tampouco é um nada jurídico, fornecendo um ponto de partida para a decisão do caso”, como expresso por João Maurício Adeodato.²¹⁶ É fato que

²¹³ HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*, Op. cit., p. 31.

²¹⁴ “A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo”. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

²¹⁵ IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*, Op. cit. p. 48.

²¹⁶ *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282.

esse “ponto de partida” pode ser influenciado por um consenso social sobre o significado das palavras, não havendo compromisso com uma corrente “essencialista” (defensora de um sentido ínsito aos enunciados).

Diferentes fatores contribuem para formular o sentido da norma, desde as concepções pessoais do julgador, até o ambiente em que ocorre a interpretação, passando pelas consequências políticas e econômicas provocadas no meio social, dentre outros aspectos, detalhados em item posterior. Decerto que não se admite como adequado todo e qualquer produto do trabalho do aplicador, sendo as diversas teorias que procuram estabelecer uma racionalidade para o discurso jurídico um bom exemplo de que paradigmas razoáveis podem ser construídos, mesmo para uma atividade criativa do intérprete.²¹⁷

Não existem direitos absolutos, tampouco uma escala de valores que garanta, em todas as hipóteses e de maneira definitiva, uma decisão categórica no âmbito das normas de cunho socializante, incluídas as integradoras de políticas públicas.²¹⁸ O trabalho de argumentação jurídico-racional assume, nesse particular, tarefa decisiva. No terreno do direito constitucional hodierno, a demarcação de caminhos concretizadores para categorias jurídicas de relevo parece-nos ser uma das contribuições mais importantes da Ciência Jurídica.

A relevância das decisões tomadas em ações coletivas exige que o juiz, além da inserção social, possua conhecimentos multidisciplinares e esteja constantemente atualizado.²¹⁹

Nessa perspectiva, é razoável indagar se o texto do artigo 196 da Constituição Federal brasileira, contido no artigo 196 (“A saúde é direito de todos e dever do Estado”) teria as mesmas consequências normativas que idêntico preceito, por exemplo, em Carta Magna de algum país escandinavo. De fato, a extração das normas desse enunciado passaria pela análise do termo *saúde*, em que medida ele está sendo afetado na comunidade brasileira, quais as providências necessárias para garanti-lo *in concreto*, os níveis de ineficiência do Estado em resguardar o bem jurídico (inclusive por meio de trabalhos preventivos), dentre outros aspectos ligados, de alguma forma, à realidade subjacente.

O trabalho hermenêutico do intérprete, além de adquirir novos contornos e novas perspectivas, aumenta de importância na medida em que se percebe a natureza crescentemente complexa das relações sociais.²²⁰ O aplicador não trabalha para si ou apenas para garantir um

²¹⁷ KRELL, Andreas J. *As Dificuldades de Teorias “Pré-Hermenêuticas” com o Direito do Estado Social Moderno*, Op. cit., p. 36/37.

²¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 162.

²¹⁹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes dos Juízes nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 60.

²²⁰ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*, Op. cit., p. 281-287.

enquadramento normativamente correto, mesmo porque, em época de numerosas e crescentes demandas de caráter coletivo e conteúdo abrangente, as consequências econômicas, políticas e coletivas entram no campo de visão do julgador.

Interessante perceber que, embora essa seja uma abordagem aparentemente nova, Carlos Maximiliano, na década de vinte do século passado, em sua conhecida obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, já tratava da influência dos fatores sociais na interpretação do Direito.²²¹

Está-se convencido de que a verdade como busca do operador jurídico resta fadada ao malogro, sendo mais racional a procura por elementos que construam um discurso compatível com as necessidades regulatórias da sociedade, sejam eles extraídos internamente do direito positivo vigente, sejam preceitos deduzidos a partir de aspectos externos ao sistema.²²² Bem observada, a doutrina da verdade no direito, das soluções únicas e infalíveis, constitui-se em autênticos discursos ideológicos. Embora tenha tido o mérito de garantir um equilíbrio e mesmo a legitimidade do Poder Judiciário noutras épocas, parece superada e inadequada aos tempos atuais, máxime em se tratando de políticas públicas e suas nuances.

De toda forma, nos debates trazidos ao Judiciário não há um campo livre para decisões aleatórias ou lastreadas em análises pessoais de justiça ou do que cada julgador entende por socialmente adequado.

A busca por correção, ou seja, a exposição de argumentos fundamentados que, de acordo com o contexto normativo e fático, pretendem resolver as controvérsias jurídicas e obter reconhecimento, mostra-se mais consentânea com os atuais paradigmas do direito, estando o sopesamento dentre as técnicas mais úteis para fornecer as respostas esperadas, notadamente para o enfrentamento de litígios que envolvem princípios.²²³

Essa ponderação passa, em um primeiro momento, por examinar a densidade constitucional das normas. Destarte, a primeira tarefa é a de verificar, a partir de uma análise textual da Carta Magna, qual o conteúdo expressamente estabelecido para cada direito. Algumas prescrições acerca dos direitos sociais comportam normas bem específicas e

²²¹ 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 129-134. Aliás, a mencionada obra, para muitos apenas um trabalho de valor histórico e representativo de uma forma ultrapassada de fazer a exegese dos textos legais, pode surpreender na maneira como expõe certos assuntos. Por exemplo, ao considerar que o direito seria mais do que o texto de lei. Esse exemplo apenas reforça que a novidade está mais na ênfase em certos aspectos do fenômeno jurídico do que numa completa inovação na abordagem.

²²² ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Op. cit., p. 220.

²²³ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 20-21 e 25.

conteúdo razoavelmente delimitado pela Constituição Federal, sendo inafastável considerar que desfrutam de alta densidade normativa.

Esse seria um momento de exame estritamente jurídico. Um aspecto de alta importância, é verdade, mas ainda assim parcial. Além desse instante, uma análise concreta dos fatores sociais envolvidos na espécie mostra-se imprescindível.

No âmbito dos direitos sociais há que necessariamente se observar o efeito que as políticas causam no corpo social, a sua funcionalidade. É nesse momento que os autores normalmente apontam para o controle dos resultados, pois a política somente passará no teste de constitucionalidade caso demonstre ser minimamente apta a provocar os resultados esperados. Trata-se, aqui, da própria suficiência da política. Por exemplo, será que o conjunto de normas e ações erigidas para proteger o meio ambiente é apto a resguardar o disposto no artigo 225 da CF/88?

Como mencionado noutro ponto, a realidade como condicionante do discurso judicial aparece em tintas fortes na Teoria da Argumentação de Alexy, na qual os chamados “argumentos empíricos” entram como elementos integrantes do discurso jurídico, auxiliando o intérprete. Esses enunciados podem corresponder a diversos campos científicos, como a economia, sociologia, psicologia, história e medicina.²²⁴ A força dos argumentos e a capacidade de utilizar os conhecimentos de outras disciplinas entram com força para o desenvolvimento da decisão.

Uma das características das políticas públicas é que elas são (ou deveriam ser) mutáveis. O direito à saúde, por exemplo, caminha em estreita vinculação com as descobertas científicas nessa área; realmente, é na Medicina que se podem colher os indicativos de qual a abrangência das disposições relacionadas ao bem-estar do ser humano, definindo as providências minimamente necessárias para resguardar e garantir uma vida considerada, na perspectiva do século XXI, saudável.

Esse é um dos aspectos mais úteis das abordagens neoconstitucionais. Os agentes públicos formuladores (e fiscalizadores) das políticas devem estar atentos à necessidade de constante atualização dos programas públicos: uma política efetiva nos dias de hoje pode não o ser daqui a cinco ou dez anos. E essa abordagem faz-se necessária pelo caráter irrefragável da interação entre a realidade normativa e a social.

²²⁴ *Teoría de la Argumentación Jurídica*: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Op. cit., p. 224 e 233.

7.7 Elementos do discurso jurídico no controle das políticas públicas

Múltiplos componentes integram o discurso jurídico relacionado às políticas públicas. Para fundamentar uma decisão, necessário aprofundar tanto a especificidade dos fatos como a particularidade das normas, identificando os itens influenciadores da análise. A necessidade de estabelecer vetores, em nossa ótica, não significa um engessamento do intérprete: almeja-se o reconhecimento de diretivas auxiliadoras, não a fixação de dogmas. É certo que o subjetivismo individual não pode decidir tudo e de qualquer modo, à revelia do texto. Por isso o imperativo da referência dos rumos a serem observados.

Procura-se um meio-termo que auxilie a identificar os parâmetros de controle. Teses extremistas ou irrefletidas sobre a força eficaz das normas, principalmente constitucionais, acabam por dificultar uma atuação possível desses direitos, conduzindo a resultados dificilmente sustentáveis. Há reservas, até mesmo, quanto à afirmativa de que a dignidade humana não se encontra sujeita, em hipótese alguma, a juízos de ponderação de interesses, mesmo porque será sempre alguém (juiz, legislador, administrador ou mesmo particular) a decidir qual o conteúdo da dignidade, pois não há como evitar uma disparidade e até mesmo um conflito sempre que houver o imperativo de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva a uma existência digna.²²⁵

Se a realidade, como repetidamente mencionado, integra como item de relevo a interpretação/criação do direito, parece razoável estabelecer fatores influentes (em alguns momentos, decisivos) para o intérprete, em especial (mas não somente) quando diante de preceitos relativos aos direitos sociais. Nessa senda, procura-se destacar os principais grupos de argumentos.

O primeiro dos elementos que integra o discurso seria *o nível de descumprimento do direito reclamado*. Embora a interpretação dos textos jurídicos, inclusive constitucionais, não esteja circunscrita ao ambiente do Poder Judiciário, é na perspectiva do controle judicial que avultam os problemas relacionados à extensão (e conteúdo) desses direitos.

A intensidade da atuação do Judiciário deve ser inversamente proporcional ao desrespeito concreto dos direitos, os quais, no campo das políticas públicas, têm como sujeito passivo basilar o Estado, em seus variados níveis de competência. Verdade que chegar à conclusão sobre a existência do inadimplemento estatal é, em si mesma, uma tarefa problemática, pois a observância das necessidades materiais dos seres humanos pode ser obtida em diferentes níveis.

²²⁵ SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 151

O atendimento espontâneo (e em nível considerado satisfatório) ao plexo normativo torna a intervenção judicial menos imperiosa, sendo diminuta, em conjunturas tais, a magnitude da interferência nas condutas administrativas e menor a relevância de uma densificação, pelo intérprete, do sentido dos textos.

Embora sob nova roupagem, não se deve olvidar que o trabalho do Judiciário continua a representar meio para corrigir e/ou prevenir ilegalidades. Quanto mais dilatado o atendimento espontâneo dos preceitos normativos, menores as necessidades corretivas. Isso se aplica, igualmente, à profundidade da análise judicial. Caso afirmada uma completa ineficiência ou precariedade de um determinado direito, o Poder Judiciário tende a atuar com mais vigor. Exigências de correções pontuais, por outro lado, implicam tarefa menos invasiva e atividades interpretativas/criativas menos abrangentes.

De se perceber que boa parte das normas vinculadas às políticas públicas (especialmente as de direitos sociais) visam, em sua essência, uma mudança no *status quo* ou, quando menos, a conservação de certas prestações materiais consideradas necessárias ou úteis, de forma que uma vez alcançadas, passam a constituir uma garantia institucional e verdadeiro direito subjetivo.²²⁶ Exigem condutas essencialmente proativas, comissivas. Não ambicionam, em essência, impedir atividades, mas promovê-las. Assim, em países cujas cartas constitucionais são garantidoras de direitos sociais, mas de realidade incompatível com os preceitos constitucionais, a atuação do Judiciário se justifica e acaba exigindo do intérprete a extração de efeitos jurídicos das normas, pois essas são fidedignos instrumentos de mudança social.

Partindo desse ponto de vista, percebe-se o acerto da afirmativa de que “a extensão dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas”.²²⁷ De fato, em épocas de altos índices de desemprego, por exemplo, as normas constitucionais que protegem os trabalhadores sem renda adquirem eficácia jurídica diferenciada ou, no sentido aqui exposto, um conteúdo mais abarcante. O direito à educação, em tempos em que o preparo intelectual prioritário vai muito além da simples habilidade de ler e escrever, exige um exame diferenciado, mesmo porque não é razoável igualar a densidade normativa de todos os direitos fundamentais, os quais se definem por condições e pressupostos econômicos bem diferenciados.²²⁸

²²⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 468.

²²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 513.

²²⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’, Op. cit., p. 54.

Outro elemento do discurso, complementar ao primeiro, é o *grau de apatia dos órgãos públicos responsáveis*, em especial do Poder Executivo, nos seus múltiplos níveis. Nesse ponto perscruta-se a existência de conduta governamental destinada a garantir a efetividade das normas jurídicas.

Esse elemento, bastante circunstancial, pode fazer com que o Judiciário venha a moldar os efeitos temporais das medidas corretivas, estabelecendo, a partir da realidade existente, providências por tempo fixo ou até o instante em que o Executivo desenvolva as medidas necessárias para atender às demandas sociais. Também por essa causa é crível e perfeitamente compreensível imaginar certa demanda – julgada procedente em uma época – não atingir sucesso em momento posterior, resultado do desenvolvimento de ações pelo poder público (em especial o Executivo) ao longo do tempo.

Seguindo, nota-se que os *efeitos econômico-financeiros decorrentes dos pedidos* e suas consequências entram como elemento do discurso jurídico das políticas públicas.²²⁹ Sobretudo porque grande parte das demandas na área do atendimento às necessidades vitais é veiculada no bojo de lides coletivas, os efeitos financeiros não podem ser menosprezados, notadamente porque representam gastos (não raramente expressivos) para o Estado, cujos recursos (finitos), sempre útil ressaltar, são necessários ao atendimento dos serviços públicos em geral e, por conseguinte, de toda a coletividade. Em tópico anterior abordou-se a importância do planejamento financeiro como item inafastável

Essa observação não visa enfraquecer ou minimizar os direitos decorrentes das políticas públicas (especialmente os sociais), mas sim contextualizar as demandas coletivas dentro do universo de causas e visualizar os efeitos dessas decisões na Administração Pública e, indiretamente, sobre toda a comunidade. Nesse sentido, a chamada “reserva do possível” e as inúmeras consequências dela decorrentes entram como indicativo de viabilidade concreta das decisões exaradas pelo Judiciário.

A controvérsia sobre o custo dos direitos e suas consequências deve passar, como todos os direitos fundamentais expressos em normas de caráter principiológico, pelo crivo do sopesamento, já que não existe, por si somente, prioridade absoluta a qualquer direito fundamental.²³⁰ Os direitos ostentam uma dimensão monetária que não pode ser

²²⁹ Verdade que uma abordagem econômica do direito (conhecida pelo designativo *Law and Economics*) tem ganhado a atenção de parte da doutrina nacional. Como uma boa síntese dessa análise, ver o trabalho de Luciano Benetti Timm (“Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”). In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51-62.

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 95.

desconsiderada, sob risco de criar graves descompassos entre as proclamações legais e a realidade dos fatos.²³¹

Afirmar que existe um feito econômico relacionado aos direitos fundamentais não significa que esse aspecto tenha primazia, mas tão somente que não pode ser descartado ou subjugado por um discurso proselitista de efetividade. Decerto – as hipóteses são colacionadas a título ilustrativo – que considerações de ordem econômico-financeira integram o arremate de que, dentre outros consectários, o primado da educação não garante direito subjetivo a que todos os interessados tenham vagas asseguradas em universidades públicas; ou que o direito à moradia garante a todo cidadão brasileiro uma casa custeada pelo Estado.

A referência pretende apenas mostrar que, seja para acolher ou rechaçar, o problema econômico-financeiro integra o fundamento do julgador, ainda que implicitamente. Embora as opções ideológicas e as preferências políticas dos detentores do poder (aqui se refere do Executivo e ao Legislativo) possam conduzir a uma maior ou menor alocação de recursos em determinados setores, os entraves financeiros representam uma variável a ser, necessariamente, considerada.

Questionar se uma decisão judicial seria, do ponto de vista financeiro, passível de ser estendida a todos os que se encontrem em idêntica situação à do litigante é um bom parâmetro para o julgador, quando diante de medidas com resultados financeiros mais evidentes. O raciocínio garantiria um pronunciamento judicial obediente ao princípio da isonomia (ao menos no aspecto monetário), enfraquecendo as críticas acerca de possíveis ofensas a primados básicos de justiça distributiva e transparência democrática.²³²

Mas, além das repercussões econômicas, devem-se sopesar os outros *reflexos sociais* decorrentes do intento de questionar as políticas públicas.

O direito visa à pacificação da coletividade, verdadeiro instrumento destinado a prevenir e regular conflitos; dessa forma, a atuação do Poder Judiciário deve ser orientada a garantir a paz social e a estabilidade comunitária. Não é à toa que os objetivos fundamentais contidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 representam, em suma, desígnios de bem-estar individual e coletivo.

Embora dispositivo referido a um sistema jurídico específico (no caso, o brasileiro) parece razoável tomá-lo como protótipo dos Estados Democráticos de Direito, espécies de

²³¹ “En general los derechos se describen como inviolables, perentorios y concluyentes. Pero está claro que esos adjetivos no son sino floreos retóricos. Nada que cueste dinero puede ser absoluto” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los derechos*: Por qué la libertad depende de los impuestos, Op. cit., p. 119.).

²³² Críticas argutamente desenvolvidas por Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los derechos*: Por qué la libertad depende de los impuestos, Op. cit., p. 153).

organismos destinados a construir uma sociedade com parâmetros mínimos de justiça social, permitindo a cada indivíduo o desenvolvimento da sua própria felicidade.

Não se está pregando um condicionamento dos magistrados à opinião pública dominante (até porque, não raramente, a exegese dos textos legais conduz, justamente, à proteção dos grupos e vozes minoritários), mas apenas que a conjunção de todos os fatores aqui expostos deve refletir em um pronunciamento que, na medida das possibilidades fáticas e jurídicas, constitua uma saída socialmente aceitável e condizente com os padrões valorativos construídos socialmente (ou em processo de construção).

Isso remete a outro ponto que interfere diretamente na construção normativa: os *valores* existentes na comunidade de destinatários do sistema jurídico.

As tentativas de afastar o direito da moral acabaram por impor uma perspectiva limitada e incompleta do fenômeno jurídico. Hans Kelsen é tradicionalmente apontado como o expoente máximo dessa tendência, como pode ser verificado em conhecida passagem de sua obra, citada linhas atrás.

Mesmo dentro de uma ótica positivista, entretanto, é aceitável compatibilizar os dois aspectos, até porque o trabalho do Poder Legislativo é feito com base nos valores fundamentais presentes em dado momento histórico.²³³ É emblemático transcrever passagem de Gustav Radbruch, em sua *Introdução à Ciência do Direito*. Referido trabalho foi escrito em no início do século XX, antes da Segunda Guerra Mundial, na chamada *fase positivista* do autor. Mesmo dando ênfase à lei como fonte do direito, ele afirma:

Dessa diferenciação de conteúdo, rigorosamente acentuada entre os preceitos do direito e do costume, de um lado, e os mandamentos da moral, de outro, *não se pode de forma alguma deduzir uma total ausência de relacionamento entre essas duas áreas.*²³⁴

Parece indubitável que as normas jurídicas estão impregnadas de elementos da moral, que, de maneira explícita ou implícita, interferem decisivamente no momento de construir o sentido dos preceitos legais e aplicar o direito aos fatos. Os valores importantes para a convivência, muitos deles expostos nos princípios constantes nos textos constitucionais (e mesmo nas regras), revelam sua força em inúmeras situações, tanto no momento de confeccionar os preceitos, como (no que interessa mais de perto) ao extrair o sentido dos enunciados.

²³³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*, Op. cit., p. 18.

²³⁴ Op. cit., p. 09-10, grifo nosso.

Alexy, sustentando a estreita relação entre princípios e valores, afirma que não existe uma diferença de conteúdo, mas de arcabouço: princípios, como mandamentos que são, pertencem ao âmbito deontológico, do dever-ser; os valores, por sua vez, pertencem ao plano axiológico.²³⁵ Vida, liberdade, propriedade privada, educação, dignidade humana encerram, além de princípios jurídicos, valores existentes nas sociedades democráticas, o que denota, a olhos desarmados, que os dois âmbitos sofrem mútua interferência

Arquétipo dessa influência valorativa pode ser visto no progresso jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos da América em face do problema do segregacionismo: desde a aceitação da política escravagista, passando pela política dos “iguais, mas separados”, até atingir o atual estágio de proscrição das normas discriminatórias.²³⁶ No Brasil, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da união civil entre pessoas do mesmo sexo é indicativa de como a mudança de valores pode influenciar a exegese do sistema jurídico, ainda que sem mudança dos enunciados linguísticos.

A interpretação dos textos legais é produto de uma época, de certo momento histórico, e envolve à pré-compreensão do intérprete em relação aos fatos e ao imaginário social.²³⁷ O sentido a ser atribuído às expressões linguísticas será variável, a depender da tempo e do lugar de análise, sendo aplicáveis, como reiteradamente afirmado neste trabalho, os critérios de sopesamento.²³⁸

No campo das políticas públicas essa influência dos aspectos valorativos é percebida com certa facilidade. Retome-se o exemplo da educação.

Na sociedade contemporânea, o ensino ostenta grandeza inédita, sobretudo pela espécie de atividade a ser exigida pelo mercado de trabalho, cada vez mais rigoroso quanto à instrução dos trabalhadores e refratário a tarefas exclusivamente manuais. O ensino representa um valor prioritário, e educar os cidadãos adquiriu um sentido bem mais abrangente do que meramente alfabetizá-los. Ao analisar a constitucionalidade das ações desempenhadas pelo poder público, o aplicador do direito não mais poderá concluir como adequada a postura que garanta, por exemplo, apenas escolas de ensino fundamental.

²³⁵ *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 144-146.

²³⁶ Sobre a evolução da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, vide Ronald Dworkin. *Levando os Direitos a Sério*. Op. cit., p. 205/234.

²³⁷ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 307.

²³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 150.

Os textos normativos incorporaram essa demanda por instrução em todos os níveis, inclusive em grau superior. No caso dos intérpretes, o sentido a ser extraído daqueles preceptivos deve ser adequado ao tratamento dessa realidade.

Caso semelhante deu-se com o meio ambiente, hoje valor amplamente protegido, resultado de uma cultura ecologicamente preocupada e de um momento histórico no qual os avanços tecnológicos acabaram colocando em risco a própria sustentabilidade da espécie humana. Noutras épocas, seriam inimagináveis não apenas documentos legislativos como os hoje produzidos, como também as leituras desses textos, naturalmente mais rigorosas nos tempos que correm, mercê das necessidades hodiernas em proteger os recursos naturais.

7.8 A judicialização e suas consequências

A partir de tudo quanto foi visto, percebe-se que a chamada judicialização da política entra na ordem do dia. Toma-se o termo não como um juízo de valor sobre a conduta do Judiciário, mas como uma circunstância, um fato, expresso na maior atuação daquele Poder em temas de alto interesse e outrora deixados exclusivamente à arena política. O vocábulo indicaria os efeitos do alargamento do Poder Judiciário sobre atos decisórios das democracias contemporâneas, valendo-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas de alta envergadura. Não está, pois, vinculada a apenas uma singular linha de pensamento.

O termo aplica-se não só à ação dos magistrados, mas também aos profissionais de outras carreiras judiciais (especialmente os membros do Ministério Público), que seriam os responsáveis por levar os conflitos à justiça, ou por resolvê-los extrajudicialmente.²³⁹ A judicialização poderia ser resumida, segundo Luís Roberto Barroso:

(...) que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo.²⁴⁰

Admitir essa circunstância não enfraquece ou desconsidera o fato de que os principais formuladores e executores das políticas públicas continuam a ser o Executivo e o Legislativo.

²³⁹ ALVES, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, n° 57, 2002, p. 116.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) et al. *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*, Op. cit., p. 276.

A tarefa ordinária do Judiciário, ainda que sob uma perspectiva garantidora da sua plena atuação, é a de um coadjuvante, assumindo o protagonismo apenas episodicamente.

O fenômeno visto neste tópico, diga-se de passagem, não é uma exclusividade brasileira, podendo ser visto (não sem resistências) em outros sistemas jurídicos, como o norte-americano. É influenciado por diversos fatores políticos, sociais e mesmo econômicos, não sendo mero resultado da vontade dos juristas ou do Poder Judiciário.²⁴¹ Deveras, representa sequela de uma sociedade com necessidades complexas e, também, de uma Carta Constitucional ambiciosa e preta de direitos. Assim, o padrão constitucional vigente contribui para o atual comportamento do Supremo Tribunal Federal e das demais instâncias do Judiciário brasileiro, não devendo ser esquecido que diversos instrumentos processuais foram criados, justamente, para dar efetividade às normas constitucionais, inclusive – e principalmente – as de direitos fundamentais.

Esse processo de maior visibilidade do Judiciário não parece, em essência, positivo ou negativo. Tudo depende das circunstâncias e do sistema onde aplicado. No caso brasileiro – referencial deste estudo – a falta de credibilidade do Legislativo e sua flagrante apatia no regramento de temas importantes (como no casamento entre pessoas do mesmo sexo, aborto de fetos anencéfalos, dentre outros assuntos que foram levados ao Supremo Tribunal Federal), bem assim, o déficit de cumprimento das normas pelo Executivo, principalmente de direitos sociais, acabam por construir um ambiente onde a judicialização se mostra um expediente importante e, levado sem exageros, democrático.

O Poder Judiciário, parte integrante da estrutura do sistema político brasileiro, tem sido utilizado como um instrumento de concreção de direitos, talvez por ser o mais facilmente acessível aos particulares e à sociedade civil organizada.²⁴²

Parte-se do pressuposto de que o Judiciário também concretiza o ordenamento jurídico no caso concreto, pelo que se toma como superada a ideia de que esse Poder apenas exerce a função de legislador negativo.²⁴³ Esse é outro dado que auxilia a entender a judicialização, na medida em que as teorias jurídicas mais influentes na atualidade, associadas às próprias características das normas constitucionais, impelem a um comportamento judicial ativo.

²⁴¹ CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, nº 34, junho/1997, p. 149. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 22 mar. 2012.

²⁴² “(...) é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhe são apresentadas”. CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano III, nº 3, 2002, p.137.

²⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Op. cit., p. 34.

O direito molda a realidade, mas é também por ela moldado. As circunstâncias de hoje (notadamente a apatia verificada no funcionamento dos Poderes Legislativo e Executivo), caso modificadas no futuro, podem e devem conduzir a um arrefecimento na ingerência do Judiciário em certos assuntos. O adequado ou inadequado, nessa matéria, é relativo, pois a dinâmica do funcionamento dos órgãos estatais não fica restrita a parâmetros fixos e imutáveis.

Não há um motivo único para essa judicialização, mas um conjunto deles. A postura mais ativa dos tribunais tem sido impulsionada pelas mudanças interpretativas das escolas jurídicas (a partir do que ficou conhecido como a crise do Positivismo Jurídico), pela omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, pelo aperfeiçoamento das instituições judiciárias (com o estabelecimento de metas de produtividade aos juízes e outros controles de resultado), pela crescente pressão da sociedade civil e, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais.²⁴⁴

Existe, a par de uma realidade jurídica incentivadora de comportamentos, uma verdadeira mudança cultural da própria sociedade na forma de encarar os problemas sociais, os quais encontrariam no Judiciário o ambiente próprio para debate e solução. É uma atitude que extravasa o perímetro da comunidade jurídica, como pode ser verificado a partir das notórias estatísticas de aumento vertiginoso do número de ações levadas ao conhecimento daquele Poder.

Uma das causas para a judicialização seria a inefetividade das instituições majoritárias, incapazes de dar provimento às demandas sociais. O Judiciário foi até mais cauteloso nos momentos iniciais das democracias (prudencialismo), passando a se tornar mais ativo com o fortalecimento do processo democrático.²⁴⁵ Não há de se negar que o amadurecimento das instituições e o transcurso do tempo sem rompimentos coopera para cunhar uma atmosfera propensa a aceitar, sem maiores traumas, um Judiciário mais atuante. Há, todavia, críticas ao

²⁴⁴ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, nº 23, nov. 2004, p. 117. As razões para esse avanço do Poder Judiciário, conforme resumo de Rodrigo Brandão, são tradicionalmente escoradas em dois grupos de teorias: as conceitualistas e as funcionalistas. As primeiras compartilham a ideia de que a expansão do Judiciário é resultado da positivação dos direitos fundamentais nas Constituições e tratados após a Segunda Guerra Mundial. O segundo grupo enxerga na própria estrutura do sistema jurídico as causas para o crescimento das funções judiciais, como, por exemplo, na divisão de competências e no federalismo. O autor, em visão alternativa, vislumbra no avanço da democracia o principal motivo para o fenômeno sob comentário (*Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 68-70).

²⁴⁵ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*, Op. cit., p. 120.

novo papel dos magistrados, visto como um sintoma da crise de legitimidade dos Poderes representativos e provocador do aprofundamento da crise da democracia.²⁴⁶

De toda forma, nas democracias contemporâneas, o processo judicial acaba, de uma forma ou de outra, por interagir com o conjunto do sistema político²⁴⁷, sendo mais útil compreender essa influência mútua do que enfrentá-la como um moléstia.

Diante desses múltiplos fatores, soam vetustos os debates sobre a suposta falta de legitimidade do Poder Judiciário para corrigir certas matérias. Vale recordar que o constituinte de 1988 confiou extremamente nesse Poder, bastante fortalecido na nova ordem constitucional, quer pelas garantias institucionais de seus membros, quer pelos meios processuais criados. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, regularmente, como um Poder contramajoritário em defesa dos direitos das minorias. Outrossim, o devido processo legal, a motivação, a recorribilidade de suas decisões, a publicidade de suas manifestações (e julgamentos) e a constante referência ao sistema jurídico constituem meios qualificados de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.²⁴⁸

Não haveria matérias aprioristicamente excluídas do conhecimento dos tribunais. Caso vertida em um discurso jurídico, qualquer questão poderia ser levada ao Judiciário, inclusive algumas que, noutros tempos, seriam consideradas exclusivamente políticas. Por óbvio que nem todas terão resultados favoráveis aos postulantes, mercê dos vários pressupostos e elementos do discurso jurídico.

A expansão do Poder Judiciário não é exclusividade brasileira, mas um fenômeno globalizado que tomou conta do século passado. Uma de suas características é que na grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou-se o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais Poderes. A inequívoca inclusão dos tribunais no cenário político implicou mudanças profundas nas conjecturas para a implementação de políticas públicas. O governo, além de negociar seu plano político com o Parlamento, tem de se preocupar em não infringir a Constituição, pois muitas de suas propostas acabam judicializadas.²⁴⁹

²⁴⁶ Como são, por exemplo, os apontamentos de Oscar Vilhena (Supremocracia, Op. cit., p. 443).

²⁴⁷ CASTRO, Marcos Faro. *O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política*, Op.cit.

²⁴⁸ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*, Op. cit.,

²⁴⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*, Op. cit., p. 115.

7.9 Parâmetros para o controle judicial

As doutrinas que se dedicam ao estudo do controle judicial das políticas públicas são pródigas em lançar afirmativas que acabam servindo (muitas vezes irrefletidamente) como referenciais para os operadores do direito. Conhecidíssima a máxima de que o Judiciário não deve formular ou mesmo intervir em políticas públicas, porquanto associadas a espaços tipicamente reservados à discricionariedade administrativa ou à arena dos debates e instituições políticas.

De outra banda, há elocuições assentadas sobre o aforismo de que, quando presente um conflito entre direitos fundamentais e políticas públicas, deve existir sobre estas últimas um controle judicial amplo e quase sem limites, sem que isso signifique, para os que pensam desse modo, aumento indevido da função jurisdicional ou choque de atribuições entre os Poderes.

O liame e mesmo a composição entre essas premissas, entretanto, são constantemente problemáticos, como visto em tópico precedente. Intuitivamente compreende-se que algum tipo de saída intermediária é indispensável. Os elementos do discurso, apresentados há pouco, representam um início, mas outros informes precisam ser acrescidos.

De se ver que grande parte dos casos trazidos ao Poder Judiciário não envolve pedidos de elaboração integral de políticas públicas, mas correções pontuais, notadamente a adoção de medidas específicas e delimitadas (sem características de generalidade) que supririam a ausência de um conjunto organizado de normas e atos; ou pleiteiam o reconhecimento da insuficiência das providências já adotadas pela Administração e que funcionariam precariamente. Essa circunstância foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que nos autos do Pedido de Suspensão nº 175, ao tratar do tema de litígio na área da saúde, pronunciou que:

Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.²⁵⁰

Alguns dos casos mais difíceis são aqueles em que, diante de políticas públicas em funcionamento (ou supostamente nessa condição), pleiteia-se revê-las, anulá-las ou complementá-las.

²⁵⁰ XAVIER, Marina Correa Xavier. *O Controle Judicial de Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175*. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, Instituto de Direito Público, Ano 4, 2010/2011.

Mesmo a afirmativa de que o Judiciário invade os domínios do Executivo e Legislativo quando tenta sobrepor um critério pessoal do julgador a outro critério igualmente razoável e admissível, precisa de melhor exame. Isso porque a atividade corretiva do Judiciário é fulcrada, justamente, em excluir avaliações feitas pelos outros Poderes a partir daquilo tomado pelos magistrados como o correto. Devem-se, não obstante, distinguir as situações de uso de critérios realmente pessoais (simples preferências dos julgadores), daquelas em que o magistrado usa uma argumentação racionalmente justificada.

Assim, malgrado a frase “ao juiz é vedado invadir o mérito administrativo e anular o ato praticado, sob o fundamento de que, ao tempo da decisão administrativa, o administrador dispunha de outra medida mais adequada ao cumprimento do resultado pretendido”²⁵¹, tenha utilidade, é incapaz de apresentar uma distinção segura para apartar os casos de controles legítimos daqueles levados a cabo indevidamente.

Daí voltar-se ao ponto: quais as fronteiras entre a intervenção legítima pelo Judiciário e os espaços constitucionalmente reservados aos demais Poderes?

Uma ocorrência clássica de nossa atual jurisprudência pode bem ilustrar: os medicamentos não constantes das listas do Sistema Único de Saúde – SUS. Ao determinar o fornecimento do fármaco nessa situação, o juiz está interferindo indevidamente em uma política pública para o setor ou apenas dando efetividade ao direito constitucional à saúde, consectário do direito à vida?

Necessário perscrutar se as políticas públicas atuais, a partir dos conhecimentos médicos disponíveis, atendem razoavelmente às cobranças da população; se os remédios oferecidos se revelam, segundo o atual estado da técnica, adequados às precisões dos que deles normalmente necessitam. Em outras palavras, deve-se verificar, para o setor de medicamentos gratuitamente distribuídos pelo SUS, se a política em uso se mostra adequada, o que inclui verificar se as pessoas, sem dúvidas, recebem os bens previstos.

Cumprir avaliar, outrossim, se as justificativas expostas pela Administração Pública para a escolha dos medicamentos se revelam respaldadas em opiniões cientificamente fundamentadas, pois a consistência dos argumentos ingressa no conjunto de artefatos ponderáveis pelo julgador.

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado para avaliar a constitucionalidade de uma lei em confronto com dispositivos constitucionais, como, por exemplo, se as normas que tratam

²⁵¹ CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*, Op. cit.

de meio ambiente afrontam o artigo 225 da CF/88.²⁵² Nesses casos, o trabalho do Judiciário seria avaliar se o dispositivo legal se assenta em critérios constitucionalmente sustentáveis.

Essencial é haver uma demonstração objetiva, a partir de argumentos demonstráveis (e, por isso mesmo, passíveis de ser submetidos ao controle de terceiros), que mostre uma falha administrativa ou legislativa comprometedora da efetividade de certo direito constitucional. Esse defeito surgirá ante a ausência de sustentabilidade da opção administrativa/legislativa ou da comprovação de incapacidade das escolhas feitas por esses Poderes.

Caso não seja possível demonstrar, objetivamente, uma falha na política pública que a coloque fora dos limites aceitáveis de atendimento aos interesses coletivos e individuais, estar-se-ia adentrando no chamado núcleo essencial da atividade dos demais Poderes. Por isso mesmo, constitui um erro agir na pressuposição de que as políticas públicas são sempre equívocas.

Verdade que, no exemplo dado (remédios fornecidos pelo Sistema Único de Saúde), outros argumentos, além do aspecto científico, entram no debate, tais como o custo dos direitos, a reserva do possível, a discricionariedade do legislador, dentre outros. O ponto destacado é apenas um dos possivelmente utilizáveis, pois, como dito, tais assuntos são resolvidos a partir de vários itens de argumentação.

Certamente que um grau maior de objetividade importa em um nível mais elevado de legitimidade do Judiciário quando utiliza preceitos normativos, enfraquecendo afirmativas de invasão sobre a alçada do Legislativo e do Executivo.

Exato que a(s) regra(s) deve(m) respeitar eventuais princípios constitucionais (ou mesmo regras de estatura mais elevada). Mas, quando o confronto ocorre entre aquele tipo de preceito e a área não nuclear de um princípio, em geral a regra permanecerá sendo considerada válida, na qualidade de opção legítima do legislador democrático.²⁵³ As escolhas, feitas com base em critérios sustentáveis e postas em prática de maneira razoavelmente aceitável, não podem ser violadas.

No fundo, o problema é o de harmonizar o controle judicial com o princípio da separação entre os Poderes. A concretização de todos esses princípios depende, em maior parte, da realidade fática em que aplicado.

²⁵² Constituição Federal. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁵³ BARCELLOS, Ana Paulo de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*, Op. cit., p. 90.

Não se deve esquecer que, no terreno dos princípios, as soluções resultam de complexa atividade intelectual, fruto de ponderação, do cotejo de fatores sociais e análises não raramente interdisciplinares. Esse é o pressuposto teórico trabalhado, o qual, como se viu, não se afina com respostas apriorísticas, intransigentes ou monoculares.

Por certo que o julgador, se em face de ocorrência que revele a falta de política pública, deve adotar providências jurisdicionais consentâneas com os espaços de decisão conferidos aos demais Poderes. Inexistentes parâmetros legais delineadores da ordem (como no caso na lei de resíduos sólidos), o caminho mais racional indica a prolação de medida que, concomitantemente, permita à Administração e ao Legislativo manterem suas margens de escolha.

A não ser assim, incorre-se no perigo, tão propalado por alguns, de que a política seja criada pelo próprio julgador ou pelos órgãos legitimados a levar o caso ao Judiciário, principalmente o Ministério Público. A função do Poder Judiciário não é a de suprimir o Legislativo, transformando a “discricionariedade legislativa” em “discricionariedade judicial”.²⁵⁴

Não deve o Judiciário substituir o legislador nas suas escolhas primaciais, mas exigir, com a autoridade que lhe é própria, que os demais Poderes funcionem e atendam aos direitos fundamentais conformadores de políticas públicas, permitindo um “diálogo constitucional” entre os Poderes, atitude na qual os julgadores levam em conta as implicações dos seus julgados sobre o funcionamento das demais esferas do Estado e os fundamentos.²⁵⁵

O respeito aos prognósticos feitos pelo legislador; a observância de que, na dúvida, as leis devem ser consideradas conforme a Constituição; a ponderação sobre os possíveis efeitos das decisões judiciais e o respeito aos juízos de valor feitos pelo legislador (e administradores) são alguns dos parâmetros para garantir uma decisão judicial dentro dos limites de suas atribuições.²⁵⁶

²⁵⁴ NUNES, José António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, Op. cit., p. 107.

²⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Op. cit., p. 529.

²⁵⁶ BACHOFF, Otto. *Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política*, Op. cit., p. 12.

CAPÍTULO 8 O ALCANCE DO CONTROLE JUDICIAL

8.1 Até onde o Judiciário pode revisar: a sustentabilidade dos atos *sub judice*

É inegável que o papel desempenhado pelos magistrados brasileiros sofreu profundas transformações nas últimas décadas. Incentivados por um novo sistema jurídico-constitucional implementado pela Carta de 1988, superaram em definitivo a figura do juiz inerte, impassível, mero espectador de conflitos. Com efeito, colocar em prática as promessas constitucionais passou a exigir um Poder Judiciário mais atuante, provocado por inúmeros instrumentos direcionados a garantir um efeito concreto do novo sistema jurídico.

Embora esteja superada a imagem de que o Judiciário não deve intervir, sob nenhuma hipótese, em políticas públicas, é oportuna uma atuação mais cautelosa quando diante de um programa efetivamente formulado pelas instâncias competentes. Ou seja, a atuação retificadora do Judiciário não estanca, como se estivesse em terreno imperscrutável, mas o caminho deve ser seguido com mais cuidado, pois as escolhas programadamente feitas pelo Executivo e Legislativo sobre temas proeminentes devem, sim, ser olhadas com maior credibilidade.

Daí a importância em identificar a existência de uma verdadeira política pública, pois diante de atos isolados – aqui entendidos como aqueles não integrados a uma política pública – a atuação do Judiciário pode ser mais invasiva. Embora as políticas públicas sejam antevistas no arcabouço jurídico do Estado brasileiro, para muitas áreas não se observa a existência delas ou uma estruturação adequada, quer das normas, quer dos meios necessários a cumpri-las.

Doutra banda, parte das demandas que buscam garantir o cumprimento dos direitos fundamentais tem, como pano de fundo, debates técnicos de alta complexidade, querelas cuja superação, necessariamente, lastreia-se em análises especializadas. A causa de pedir centra-se, muitas vezes, na identificação e em seguros conhecimentos sobre assuntos que, via de regra, situam-se fora do saber ordinário dos julgadores.

Nesse ponto, merecem ser prestigiadas as conjecturas teóricas que atribuem relativa primazia aos atos administrativos, como a Teoria da Sustentabilidade, cujo pressuposto é o de que os atos envolvendo juízos valorativos técnicos ou jurídicos gozam de presunção mais forte de legitimidade²⁵⁷; o Princípio da Deferência, originado na Suprema Corte dos Estados

²⁵⁷ KRELL, Andreas J. *Discrecionabilidade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, Op. cit., p. 40.

Unidos da América, perante o qual, entre várias interpretações plausíveis, se houver um processo administrativo e uma fundamentação adequada para uma desígnio que seja razoável, o Poder Judiciário não deve substituir a interpretação administrativa pela sua própria.²⁵⁸

É preciso que haja uma incompatibilidade manifesta nas opções adotadas pelo poder público, revelando escolhas duvidosas e sem explicações plausíveis. Por isso, o Tribunal Federal da Alemanha faz referência aos Controles da Evidência e da Justificabilidade como nortes para preservar as prerrogativas funcionais do Legislativo e do Executivo. Partindo dessas hipóteses teóricas, a anulação das medidas de outros Poderes, pelo Judiciário, somente ocorreria quando a inadequação se mostrar evidente e não for plausivelmente sustentável.²⁵⁹

Na mesma linha, a Teoria da Prerrogativa Estimatória, segundo a qual a estimativa feita pela autoridade administrativa acerca de um conceito indeterminado deve ser prestigiada, pois ela é que possui o conhecimento especializado sobre a matéria.²⁶⁰

Essas concepções teóricas não implicam um engessamento do Judiciário ou forjam cláusulas obstaculizadoras, mas apenas chamam a atenção para dois pontos fundamentais: 1) ainda existem espaços reservados para que Legislativo e Executivo desempenhem suas funções constitucionais; 2) o Poder Judiciário não dispõe – mesmo porque não é este o seu papel – de aparelhagem apta a desconstituir as conclusões técnicas dos outros Poderes, de forma que não implica nenhum demérito reconhecer limitações para enunciar julgamentos em casos dessa índole.

O Ponto 1 foi abordado quando se tratou dos núcleos essenciais de cada Poder. Quanto ao Ponto 2, observe-se que, muitas vezes, a atuação dos entes públicos é precedida de amplos estudos destinados a sopesar artefatos técnicos variados, desde a eficácia das providências, passando pelos efeitos colaterais das medidas até os custos que podem representar. Quando se fala conhecimentos técnicos está-se referindo não apenas às searas da alta tecnologia, mas a todos os ramos e aspectos que necessitam de conhecimentos especializados.

Assim, seja na educação, saúde, economia, meio ambiente, telecomunicações, energia, transporte, agricultura, saneamento básico, emprego, infraestrutura urbana, seja em qualquer outra das possíveis áreas de atuação do Estado, existem amplas possibilidades razoáveis (leia-se: constitucionais) de desempenho.

²⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Op. cit., p. 104. Anota-se que o princípio da deferência já foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça, em demanda que debatia valores pagos por serviços de telecomunicações (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Resp nº 1171688, Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 1 jun. 2010. DJE de 23/6/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 9 fev. 2012).

²⁵⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Op. cit., p. 172.

²⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 217.

Havendo a apresentação de estudos técnicos prévios feitos por profissionais especializados (ou com auxílio desses); existindo a demonstração de que outras alternativas foram sopesadas; apresentados esclarecimentos fundamentados que demonstrem a plausibilidade científica da preferência; observado um apropriado grau de participação democrática na escolha política, haverá uma maior dificuldade de o Judiciário superar essas escolhas, sendo, por conseguinte, menos intenso o controle judicial, em atenção à chamada “prerrogativa de avaliação” das instâncias administrativas e legislativas.²⁶¹

Voltando ao exemplo de demanda que busca alterar a lista de medicamentos ou os protocolos clínicos, a pesquisa ao sítio eletrônico do Ministério da Saúde do Brasil (<http://portal.saude.gov.br>) revela que são elaborados com lastro nos trabalhos de grupos e comitês integrados por dezenas de profissionais dos mais variados segmentos da medicina e ciências afins, como, por exemplo, a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – COMARE (Portaria 01/2008, da Secretaria de Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, publicada no Diário Oficial de 30 de janeiro de 2008).

É altamente questionável se as avaliações técnicas produzidas em sede administrativa (lastreadas no opinativo de profissionais especializados e sem vínculo com o poder público) podem ser suplantadas por um único laudo individual produzido em juízo. Malgrado seja possível superar o trabalho da mencionada Comissão do Ministério da Saúde (por exemplo, demonstrando o interessado que, para certo medicamento, não ocorre revisão do protocolo há muitos anos), as conclusões do Colegiado merecem ser tratadas com respeito institucional e científico.²⁶²

Reconhece-se que, em especial nos procedimentos com feições coletivas, tais como as ações civis públicas e ações populares, o trabalho do juiz não deve ficar adstrito aos rígidos esquemas de divisão do ônus da prova existentes no processo civil clássico.²⁶³ Novas formas para o fornecimento de subsídios aos julgadores surgiram, como, por exemplo, a figura do *amicus curiae*, pessoas com experiência e autoridade na matéria, ouvidas por meio de audiências públicas e cuja serventia tem sido aplicada pelo Supremo Tribunal Federal em sede

²⁶¹ KRELL, Andrea J. *Discrecionalidade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, Op. cit., p. 38.

²⁶² Embora haja precedentes em sentido contrário, o Tribunal Regional da 5ª Região (que abrange, na sua competência territorial, o Estado de Alagoas) tem julgado, em data recente, entendendo pela impossibilidade de concessão de medicamentos fora das listas do SUS. Nesse sentido: BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região – AGTR nº 109824, 4ª Turma. Rel. Des. Fed. Conv. Cristina Garcez. Julgado em 25 jan. 2011. DJE de 3/2/2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

²⁶³ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes dos Juízes nas Ações Coletivas*, Op. cit., p. 50.

de controle concentrado de constitucionalidade, tal como previsto no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 9.882/99.

Mesmo diante dessa nova realidade técnico-jurídica, as possíveis alternativas do julgador permanecem limitadas. Não é difícil perceber que, ante políticas públicas assentadas em bases razoáveis, constituídas por elementos bem definidos e funcionando dentro dos parâmetros aceitáveis, uma atuação judicial revisora acaba por representar uma mera substituição de opiniões: troca-se a proposta do Legislativo/Executivo pela do Judiciário.

Diz-se, por isso, que a Administração possui capacidades institucionais mais apropriadas, de forma que “quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade *prima facie* sobre a segunda”.²⁶⁴ Repita-se: trata-se de uma presunção relativa e passível de desfazimento mas, ainda assim, produz o efeito de criar para os julgadores, em um primeiro momento, uma postura respeitosa.

É quando ocorre uma desobediência a esse sistema que, com razão, fala-se em maltrate ao princípio da separação dos Poderes, pois se adentra, sem motivos suficientes, em preferências legítimas do Legislativo e do Executivo. A tarefa revisional do Judiciário é ampla, mas não ilimitada, sendo insuficiente ao julgador recorrer a assertivas genéricas sobre a eficácia de direitos e outras máximas pós-positivistas sem, concomitantemente, demonstrar, *in concreto*, por que a escolha impugnada não deve prevalecer.²⁶⁵

Inexistem padrões fixos determinantes de quando essa reverência ao trabalho do Legislativo e do Executivo cumpre o papel de reduzir a intensidade do controle judicial. Propõem-se indícios, como os apontados acima, variáveis de acordo com o direito questionado.

O Supremo Tribunal Federal, em conhecida decisão, optou por uma postura cujos pressupostos são os mesmo dos aqui adotados, decidindo:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a

²⁶⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, Op. cit. p. 542.

²⁶⁵ “O Judiciário tem, claro, seu papel no controle das falhas e omissões das autoridades administrativas e legislativas, mas ele *não* é o Legislativo nem a administração e não pode substituí-los em tudo. Por isso não há solução judicial para todos os problemas jurídicos: o Judiciário não tem como construir todo e qualquer direito; não lhe cabe construir, não é adequado que construa”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296, grifo do original).

inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas.²⁶⁶

A dificuldade aqui apontada manifesta-se com força em outros setores além da saúde, como em várias situações relacionadas a áreas sensíveis como educação e segurança pública, em que não raramente são trazidos a juízo casos cujo principal escopo é o de discutir as escolhas do Estado ao elaborar leis e executar tarefas para atingir metas relevantes.

Exemplificando situação em que ocorreu, em nosso ponto de vista, incursão indevida do Poder Judiciário no espaço reservado ao agir do Poder Executivo, está a ação civil pública, aforada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, visando a designação, pelo Judiciário, de policiais militares para certo município gaúcho, bem assim, a mudança do regime de trabalho destes. Ainda que as atividades de segurança pública apresentem deficiências, as estratégias para saná-las passam pela gestão global do problema, sendo de questionável eficiência atribuir aos magistrados o papel de reestruturar a segurança pública.²⁶⁷

No controle dos atos aplicados a partir de conceitos indefinidos, o juiz deve verificar se estes foram motivados e justificados, tornando-se sustentáveis. Por exemplo, em casos de impacto ambiental supostamente significativo e ilegítimo, o magistrado não deve definir o que é esse impacto, mas apenas verificar a sustentabilidade das razões da autoridade administrativa adotadas para realizá-lo. Um controle gradual dos conceitos indeterminados, variando sua densidade de acordo com a área temática e o grau de objetividade do conceito, pode ser uma saída para conciliar o princípio da separação dos Poderes e a inafastabilidade do controle judicial.²⁶⁸

Obviamente que existem zonas de certeza, quer pela determinação dos conceitos utilizados, quer pela diminuta margem de discricionariedade concedida ao administrador e ao legislador. Não basta a afirmativa pueril de que o ato se reveste, pelo tema, de características invioláveis ao julgador. Jaz no passado época de assuntos tachados, de antemão, como imperscrutáveis. O Poder Judiciário terá ampla (embora não ilimitada) possibilidade de

²⁶⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal – SS nº 3.073, Decisão Monocrática. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 14/2/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

²⁶⁷ Concedida a liminar em primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reformou o julgado, acatando os argumentos da Procuradoria do Estado (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento nº 70026971929, 21ª Câmara Cível. Rel. Marco Aurélio Heinz. Julgado em 17 dez 2008. DJE de 29/1/2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2012.

²⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 224/225.

verificar, no caso concreto, se presentes as condições para acatar as conclusões dos outros Poderes.

8.2 O necessário uso da ponderação em alguns casos

Foi feita referência à técnica da ponderação, e se está convicto de que, em especial nos casos que envolvem questionamentos acerca das políticas públicas em suposto funcionamento, fazer um cotejo dos princípios envolvidos – notadamente entre as normas de direito material fixadas na Carta Magna – e os primados da separação entre Poderes e da inafastabilidade do controle judicial é uma necessidade. Nos casos mais problemáticos, a decisão não pode ser alcançada por atividades silogísticas, a partir de normas e conceitos pressupostos.²⁶⁹

Nessa senda, a temática das lacunas do direito, embora ao primeiro passar de olhos pareça uma matéria vetusta, constitui o cerne de muitos debates travados na modernidade. Nesse sentido, a polêmica entre Herbert Hart²⁷⁰ e Ronald Dworkin²⁷¹ acerca da existência de atividade criativa pelos magistrados. O primeiro, partindo do que ele chama de discricionariedade judicial, defende uma “função legislativa limitada”, ao passo que o segundo rejeita a ideia de lacunas a serem preenchidas pelo exercício de discricionariedade criativa do julgador.

É correto afirmar que a ponderação como técnica para resolver conflitos está longe de ostentar pacificidade doutrinária ou jurisprudencial. O caráter menos previsível que invoca acaba por alarmar certos juristas, que a veem como algo negativo, pois o método minaria a força normativa dos textos, redundando não em uma interpretação da Constituição, mas numa Constituição do intérprete.²⁷²

Com efeito, alguns casos situam-se em uma zona em que a atuação judicial toca em aspectos muito próximos daquilo normalmente deixado à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Mas o uso daquele expediente técnico, todavia, não significa um necessário decisionismo ou qualquer sinônimo de ato judicial arbitrário e exclusivamente subjetivo, pois

²⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Op. cit., p. 48/49.

²⁷⁰ “A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de ‘textura aberta’. (...) o direito é, nesses casos, fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta”. *O Conceito de Direito*, Op. cit., p. 326.

²⁷¹ *Levando os Direitos à Sério*, Op. cit., p. 108/113.

²⁷² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Op. cit., p. 92. Também criticando o uso da ponderação: LAPORTA, Francisco J. *Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*, Op. cit., p. 326/327.

o sopesamento não deve ser entendido como uma mera e inconsequente relação de preferências.²⁷³

A ponderação surge como princípio formal do direito e de legitimação do próprio Estado Democrático, devendo ser manejada também pela Administração Pública quando do exercício de suas funções, guiada pelo postulado da proporcionalidade.²⁷⁴ Dentro dessa lógica, aos administradores, quando do exercício de suas atividades regulamentares (aqui vistas como processos criativos), cumpre não desconsiderar qualquer dos princípios envolvidos mas, a partir de construções racionais, procurar harmonizá-los.

Nesse toar, pensa-se que o julgador, diante de uma política pública cuja eficácia é questionada judicialmente, deve ponderar: as normas dela integrantes preenchem parâmetros suficientes para atender às finalidades coletivas? As opções feitas pelos demais Poderes seguiram conhecimentos admissíveis pelas ciências pertinentes ao assunto? Há fundamentação adequada, seja nos atos propriamente, seja nos documentos preparatórios? Existem demonstrações objetivas de que as medidas escolhidas se mostram adequadas para o fim colimado? Os princípios envolvidos no assunto foram levados em consideração e devidamente sopesados?

Esses são alguns dos elementos que devem entrar no processo de ponderação a ser feito pelo julgador. Quanto maior o número de respostas positivas aos questionamentos, maiores as chances de prevalência das opções feitas pelos formuladores da política, prestigiando-se o princípio da separação entre os Poderes e fazendo o julgador adotar uma postura de autocontenção. Essa metodologia permite, ao mesmo tempo, uma maior objetividade na aplicação do direito e um controle sobre as razões de decidir das autoridades judiciárias. Verdade que não é capaz de estabelecer uma fórmula que garanta objetividade absoluta, o que, aliás, parece uma vã tentativa de qualquer escola jurídica ou linha teórica.²⁷⁵

O trabalho de ponderação ou sopesamento, e esse é um item a ser fatalmente levado em conta quando do confronto de argumentos e perspectivas, nem sempre conduz ao arremate

²⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 368.

²⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 33 e 105-106.

²⁷⁵ “Não existe método totalmente objetivo, no sentido mais forte da palavra, isto é, em um sentido que pressuponha uma completa exclusão da subjetividade na aplicação do direito. No direito, objetividade não pode ser sinônimo de demonstrabilidade inequívoca, ou sinônimo de única resposta correta faticamente demonstrável”. (SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, Op. cit., p. 367).

de que as políticas públicas devam, apenas, garantir efetividade mínima aos direitos fundamentais.

Não se partilha da tese de que fora do mínimo existencial – aqui entendido como a plêiade de condições necessárias para preservar a vida com dignidade, garantindo as bases para o pleno desenvolvimento físico e mental dos indivíduos, estando diretamente vinculado aos direitos fundamentais sociais – não existe justiciabilidade. A diferença é que o mínimo existencial assume, segundo se entende, expressão de ampla eficácia, dificilmente superada por argumentos como o da reserva do possível ou da separação entre os Poderes.

A Carta Magna de 1988 e os pactos internacionais assinados pela República Federativa do Brasil estabeleceram o compromisso estatal de criar mínimas condições de vida digna, materializadas tanto por prestações estatais garantidores de bens fruíveis, como por abstenções relacionadas aos direitos de liberdade. Basta contemplar, além do já citado princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais contemplados no artigo 6º da CF/88 ou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (internalizado por força do Decreto nº 591/92). Seguiram-se leis ordinárias no mesmo sentido, programas governamentais destinados a permitir uma existência socialmente digna e mesmo a recepção de normas do sistema constitucional anterior que caminham na mesma direção, como a própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

As exigências da vida contemporânea são crescentes, variadas e, por vezes, custosas. Hoje em dia, excetuada a parcela localizada nas faixas de renda menos favorecidas da população, recursos tecnológicos como telefones celulares e computadores revelam-se itens úteis à vida de brasileiros médios. Em sentido coloquial, seriam indispensáveis à existência e, em alguns casos, pressupostos para o desenvolvimento de atividades profissionais. A cada avanço da tecnologia surgem novas necessidades para o seu atendimento e o imperativo de atendê-las.²⁷⁶

De toda forma, a Constituição Federal não se contenta em garantir que apenas parcela mínima de cada direito seja satisfeita ou tão somente com a garantia do mínimo existencial. Mais que isso, os direitos fundamentais – e as políticas deles decorrentes – devem permitir uma prestação de qualidade e abrangente.

Entretanto, a satisfação sempre completa, integral e no grau máximo mostra-se uma autêntica dificuldade, sendo mais racional entender que as prestações oferecidas pelo Estado (ou quem faça as suas vezes) situam-se em uma faixa de satisfação compatível com as

²⁷⁶ SCAFF, Fernando. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, Ano V, nº 8, Jun. 2006, p.146.

necessidades dos destinatários. Existe certa margem de livre conformação de legisladores e administradores na definição das medidas de proteção e promoção dos direitos fundamentais, embora essa atividade deva ser justificada pela proteção de outro direito fundamental ou de algum interesse da coletividade.

Feitas essas considerações, parece mais coerente, “ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos”, estabelecer critérios maleáveis, permitindo uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada de tarefas e responsabilidades entre a Administração e o Judiciário”.²⁷⁷ Naquelas matérias de alta complexidade técnica (com dinâmica diversa das lides tradicionais) ou nas lides que envolvam o núcleo central das escolhas do Legislativo e do Executivo falecem referências objetivas para uma atuação segura do Poder Judiciário, de forma que a intensidade do controle deve ser menos incisiva.

E não há estranhamento no fato de que os estudos, debates e atividades intelectivas típicas da ponderação ocorram, também, no âmbito do Poder Judiciário. Isso porque as disputas acerca de questões políticas acabam, em países que adotam o controle de constitucionalidade das leis, resolvendo-se, em caráter definitivo, na esfera dos tribunais constitucionais. Isso, aliás, é um efeito do constitucionalismo, onde a jurisdição constitucional acaba servindo de árbitro do jogo democrático.²⁷⁸ Do exposto até aqui, vê-se que a justiça constitucional jamais neutraliza completamente a influência dos fatores políticos no desempenho do seu mister.

Existe uma relativa e inevitável indeterminação permeando os sucessos dos atos de cumprimento do direito.²⁷⁹ A ponderação acaba servindo como um importante meio para diminuir as incertezas e legitimar as decisões judiciais, cabendo ao julgador o ônus de expor, de maneira consistente e específica, quais as razões de escolher determinada alternativa, identificando outras opções, os custos, os impactos e todas as consequências decorrentes da escolha adotada, inclusive considerando os papéis dos outros órgãos públicos.²⁸⁰

8.3 Ações individuais x ações coletivas

O Estado brasileiro, ao assumir novos compromissos em nível constitucional e infraconstitucional, estabeleceu novéis competências para todos os âmbitos (municipais,

²⁷⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, Op. cit., p. 40.

²⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de realização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 48.

²⁷⁹ Idem, p. 65

²⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org.). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*, Op. cit., p. 299 e 304

estaduais e o nacional). Tal virada repercutiu na atividade dos magistrados, enquanto estrutura estabelecida para a concretização e efetivação dos direitos. O processo e os procedimentos também devem ser reciclados para ajustar-se a esse novo quadro, exigindo-se, na atualidade, um conjunto de atos dinâmico e moldável aos direitos debatidos em seu bojo.²⁸¹

Há uma efervescente contenda sobre a melhor forma processual de garantir e promover direitos. A realização desses, em um Estado Democrático, não pode desconsiderar os primados garantidores de um processo dialético, equilibrado e onde a decisão do Magistrado seja fruto de uma razoável certeza sobre os fatos subjacentes à lide. Também não pode depreciar o parâmetro de que uma providência, usufruída por um, seja igualmente desfrutada por qualquer pessoa em idêntica situação, sob pena de malferir o princípio da igualdade, como mencionado no Item 6.7.²⁸²

Se o Estado Social é o produtor de uma igualdade fática, o Poder Judiciário, ainda que por meio de atuações pontuais, não deve agir como dissociado dessa perspectiva, pois tal miopia pode gerar situações de profunda desigualdade.

Sugerir que o arquétipo processual esteja apto a assegurar um acesso eficiente dos cidadãos aos serviços e bens oferecidos pelo Estado não significa uma necessária presunção de que as demandas predispostas a obter novos benefícios nessa seara sejam sempre procedentes ou devam, invariavelmente, ter uma resposta positiva do Poder Judiciário. Embora os julgadores estejam sob formidável influência de uma dogmática cada vez mais tendente a promover direitos, é necessário discernimento para evitar abusos e incoerências.

Comum a afirmativa de que o direito processual clássico parece carecer de instrumentos hábeis e eficazes para muitas situações verificadas no campo das tutelas coletivas.²⁸³ A busca por subsídios sólidos de convicção nos processos coletivos que visam concretizar os direitos fundamentais sociais necessita de uma postura judicial que extrapole a mera nomeação de técnicos especializados, demandando, de um lado, a superação de formalidades arraigadas na cultura jurídica nacional; de outro, a construção de um modelo teórico apto a concretizar os direitos fundamentais daquele naípe sem, entretanto, enfraquecer as garantias do devido processo e o âmbito decisório dos Poderes Legislativo e Executivo.

Voltando ao cerne do debate neste tópico, pensa-se que os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 possuem uma dupla personalidade, pois,

²⁸¹ OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Poderes dos Juízes nas Ações Coletivas*, Op. cit., p. 63.

²⁸² SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Op. cit., p. 571/572.

²⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 266.

embora apresentem expressão coletiva, são direitos de titularidade individual.²⁸⁴ Soam pouco ajustadas ao nosso sistema jurídico afirmativas propensas a simplesmente desconsiderar qualquer desses dois sistemas.

É fato que os predicados coletivos de muitos desses direitos acabam assumindo uma dimensão diferenciada, pois são garantias destinadas a produzir efeitos sobre toda a coletividade, havendo doutrina que sustenta a natureza coletiva de direitos como à saúde, à educação, à moradia e à segurança pública.²⁸⁵ Como bem exposto por Virgílio Afonso da Silva, *in verbis*:

Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à saúde, um direito à educação, ao trabalho e à moradia, a realização desses direitos é algo só é possível se pensada coletivamente.²⁸⁶

É visível que o sistema, sem prejuízo das demandas individuais, foi estruturado para também prestigiar a busca por meio de demandas grupais, como se observa no fortalecimento das instituições destinadas a defender interesses difusos e coletivos, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública. Nesse sentido, vide a recente Lei nº 11.448/2007, diploma que permitiu à Defensoria Pública o manejo da Ação Civil Pública, alterando a Lei nº 7.347/85.

Em reforço à satisfação coletiva dos interesses, observem-se os inúmeros instrumentos processuais previstos no sistema para atingir escopos de feitió coletivo, como a própria Ação Civil Pública, a Ação Popular, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (artigo 102 da CF/88) e o Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI, da CF/88), todos de matiz constitucional.

²⁸⁴ SARLET, Ingo. Os Direitos Sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos de Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 492.

²⁸⁵ APPIO, Eduardo. Falta de Recursos não pode Discriminar Direitos Coletivos. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 8 jan./jun. 2007, p. 454. Referido autor é bastante crítico à concessão de medicamentos de alto custo e realização de cirurgias não previstas nas tabelas do SUS, mercê da suposta quebra do princípio da igualdade entre os cidadãos.

²⁸⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, Op. cit., p. 243.

CONCLUSÕES

Até recentemente, a Ciência Jurídica no Brasil tinha a hercúlea tarefa de criar uma cultura jurídica que privilegiasse a efetividade dos direitos fundamentais, superando a tradicional visão desses direitos como programas, promessas e outras máximas destinadas a postergar-lhe eficácia. Sedimentada a ideia da sua força e eficácia jurídica, em especial na última década, remanescem os problemas relativos aos limites na aplicabilidade dessa casta de direitos.

As políticas públicas, temática originária de outros setores do conhecimento humano, tornaram-se paradigmas no controle judicial dos atos administrativos e legislativos. A importância do assunto decorre não apenas desse motivo, mas também porque o Estado Democrático de Direito, formatado para atender às necessidades humanas em todos os setores (inclusive fornecendo bens materiais fruíveis), acaba por exigir um conjunto organizado de ações aptas a satisfazê-las.

O esforço para, juridicamente, compreender a essência das políticas públicas ainda é raro na doutrina brasileira. Em geral apresentado como um conceito pronto e acabado, faltam, principalmente na Ciência Jurídica, abordagens que permitam descrever o objeto e apresentá-lo os elementos constitutivos. Tal afirmativa, sentida no início de nossas pesquisas, acabou por revelar-se compatível com os fatos. E essa carência acaba por repercutir negativamente no trabalho do jurista, dificultado pelos espaços vazios da dogmática. Esse vácuo dificulta não apenas a compreensão que os operadores do direito têm do funcionamento do Legislativo e do Executivo, como embaraça a visão sobre a gênese das soluções construídas politicamente. Ademais, deixa de contribuir para o controle judicial dos atos administrativos, abrindo espaço para visões não raramente exageradas sobre a real força dos preceptivos legais.

Fortalecido o entendimento de que as normas conferentes de prestações positivas do Estado possuem alto conteúdo de juridicidade, é implicação normal ponderar sobre os caminhos para um emprego razoável. Deveras, mais do que provocar a simples incidência normativa sobre determinados eventos, a concretização de políticas públicas interfere no funcionamento do próprio Estado e cria, não raro, problemas sérios para o cumprimento de ordens judiciais, as quais implicam medidas administrativas complexas e, com frequência, demoradas e perenes.

Conclui-se, a partir das lições colhidas à Ciência Política e das características de nosso sistema jurídico, que as políticas públicas se dividem em múltiplos elementos e apresentam características bem delineadas. É possível, analiticamente, estabelecer os caracteres essenciais para, com alguma dose de segurança, trabalhar o mencionado objeto dentro da realidade jurídica, fornecendo parâmetros para identificar as políticas públicas e medir sua eficácia. Verificando-se a existência de uma finalidade legalmente erigida, organização, tempo, distribuição de competências, diretrizes, recursos financeiros e um efetivo cumprimento do quanto previsto, haverá o imperioso arremate de que o Estado se aparelhou, de maneira organizada, para enfrentar o desafio de concretizar direitos.

As políticas públicas, considerando o que foi visto, apresentam-se como uma realidade complexa e formada não apenas por normas jurídicas, mas também por efetivas ações, tanto do poder público, como de agentes particulares, todos na busca por atingir metas constitucionalmente estabelecidas, podendo ser apreendidas em dois momentos principais: o normativo-hipotético e o concreto (ou de execução). Sem medo de incidir em equívoco, pode-se dizer que não há políticas públicas desprovidas de normas e, de forma paralela, sem o cumprimento mínimo do que fora hipoteticamente previsto.

As políticas públicas constituem, pois, realidade intrincada que não se resume a apenas uma das conhecidas categorias de atos estatais: não é formada apenas por normas, nem apenas por atos administrativos, mas pela conjunção de ambos, agregados a ações palpáveis, como também por condutas de particulares.

A configuração do sistema jurídico brasileiro (englobando, como não poderia deixar de ser, as normas de caráter supraestatal reconhecidas pela comunidade de países), formado a partir das opções políticas dos agentes responsáveis pela feitura dos seus veículos introdutores, deixa poucas dúvidas quanto ao desenho institucional de um Estado com fortes preocupações sociais. A conjuntura permite concluir pela existência de um padrão mínimo de condições de vida, materializada tanto por prestações estatais garantidores de bens fruíveis, como por abstenções relacionadas aos direitos de liberdade. O Estado brasileiro foi juridicamente aparelhado para proporcionar – diretamente ou por meio de terceiros – certas condições materiais e modelos de comportamento bem delineados.

Para atender a essas finalidades, as normas jurídicas continuam a representar imprescindível artefato de realização de direitos, inclusive – utilizando a conhecida linguagem de Norberto Bobbio – os de segunda e terceira gerações. Importante ressaltar que não se propôs a ideia da lei ordinária e complementar como impeditivas dos plenos efeitos da Carta Magna, mas somente como um item facilitador na visualização dos direitos fundamentais em

sua perspectiva concreta. O sistema jurídico brasileiro contém um número considerável de regras, muitas delas garantidoras de direitos sociais, de forma que não considerá-las na fundamentação de pleitos acaba por ser contraproducente, dificultando o cumprimento dos direitos, ao invés de realizá-los.

Vive-se em um momento da história do direito em que se discute, avidamente, sobre a criatividade dos intérpretes, especialmente dos magistrados. Afirmar que existe atividade criadora dos juízes incomoda alguns, acostumados à imagem dos Poderes estatais tripartidos, ideário ainda hoje de forte influência nas legislações dos países ocidentais e no pensamento dos juristas. Pondera-se, não sem fundamento, que fugir desse arquétipo poderia conduzir a arbitrariedades judiciais e a um decisionismo incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Apesar dessas objeções, o texto fez uma clara opção pela tese de que os aplicadores do direito, mais especificamente os julgadores, desempenham, em maior ou menor medida, atividades criativas no desempenho do seu mister. A importância que os princípios jurídicos ostentam na atualidade, a extensão e multiplicidade dos argumentos utilizados pela jurisdição constitucional, a evolução histórica dos sentidos atribuídos aos textos legais, dentre outras características do direito contemporâneo, mostram que algo é criado pelo aplicador.

Decerto que o trabalho do julgador não pode ser aberto a ponto de tornar-se arbitrário. Tomar o sistema de direito positivo como referencial é imprescindível para dar racionalidade ao sistema e garantir um trabalho judicial dentro dos limites do Estado Democrático. A lei pura e simples, todavia, embora traga um sentido mínimo ao intérprete (incorporado, além da acepção léxica, pelo uso e pela linguagem), é insuficiente, mesmo quando se discutem as políticas públicas.

A integridade do sistema, porém, vem sendo ameaçada por uma tendência a tornar os princípios não apenas as normas fundamentais do sistema, mas os únicos parâmetros aptos a resolver os problemas jurídicos, criando um perigoso enfraquecimento das regras. O remédio de outrora caminha, perigosamente, para tornar-se a moléstia. Essa atitude revela-se ainda mais perniciosa quando se pode constatar, sem maiores dificuldade, que boa parte dos fatos juridicamente relevantes ocorre sem necessidade de invocar princípios ou operações jurídicas complexas: há regras especialmente criadas pelo legislador para regular o caso, tendo as políticas públicas uma dimensão normativa essencial.

Essas conclusões seguramente não dispensam um olhar constitucional sobre o direito ou impelem uma exegese restrita; tampouco pressupõem um jurista de índole formal. Pelo contrário, as dificuldades na aplicação das regras demandam o ajuntamento de subsídios

vários. O objetivo foi destacar que a racionalidade no uso do sistema jurídico é construída a partir de uma visão de conjunto, não dispensando nenhuma das suas partes integrantes.

A não ser assim, corre-se o risco, por um lado, de gerar um enfraquecimento dos próprios princípios, banalizados pelo uso excessivo e transformados em meros argumentos retóricos; de outro lado, a postura atual proporciona um indesejável enfraquecimento do caráter regulatório do direito, dependente que fica das incertezas ínsitas às normas de caráter principiológico.

Fez-se questão da referência às leis ordinárias como meios integrantes do regime jurídico conformador das políticas públicas. O discurso principiológico acabou por abrandar o manejo das leis ordinárias como fator primordial para o discurso jurídico. Essa postura, principalmente em um sistema, como o brasileiro, de farta legislação ordinária sobre o assunto, acaba por trazer prejuízos para a efetivação dos direitos sociais. O preconceito com abordagens positivistas, por vezes, faz o operador esquecer-se de normas favoráveis aos interesses dos cidadãos. Certamente que os benefícios estabelecidos pelo próprio Estado em normas legais nas áreas referenciadas acabam assumindo características vinculativas e oponíveis pelos indivíduos enquadrados nas hipóteses legais.

Não existe propriamente um único regime jurídico das políticas públicas, mas cada uma delas apresenta um conjunto de normas que lhe fornece sustentação e uma fisionomia peculiar. Algumas podem até apresentar regras e princípios comuns, mas não se assimilam em sua inteireza, de forma que um olhar atento sobre as normas que as compõem, os dispositivos constitucionais de referência, a realidade do caso concreto, acaba servindo de baliza para resolver os problemas, mesmo os aparentemente mais complicados.

A existência de uma política pública decerto representa o saldo de uma opção política do legislador, seja o constitucional, seja o ordinário. Embora visto sob uma fisionomia bem distinta daquela de seu nascimento, o princípio da separação dos Poderes ainda existe como um item limitador das atividades do Judiciário, notadamente quando diante das escolhas legítimas feitas pelas casas parlamentares e pelos administradores de todos os níveis.

Como expressões do funcionamento do Legislativo e do Executivo, inclusive em aspectos essenciais das escolhas a serem feitas por esses Poderes, é preciso reconhecer nas políticas públicas, se não um impedimento para a revisão judicial, ao menos um objeto que exige maiores cuidados e respeito por parte dos magistrados.

A identificação das políticas públicas e de seus elementos permite, por um lado, identificá-las dentro do universo jurídico, apartando-as de outras realidades menos densas e, por isso, mais facilmente modificáveis pelos controles externos exercidos sobre o Executivo e

o Legislativo. De outra, auxilia o exercício do controle a ser feito sobre a própria política, indicando as consequências que eventuais decisões podem ter sobre as atividades do Estado. Afinal, modificar a finalidade de uma política pública, ou sua forma de gestão, ou ainda desrespeitar uma diretriz, configura uma invasão, dificilmente sustentável, da intimidade de outro Poder. Os itens componentes das políticas funcionam, assim, como parâmetros de controle.

A revisão feita pelo Poder Judiciário deve encontrar um meio-termo que compatibilize as escolhas dos legisladores e administradores sobre aspectos essenciais das políticas públicas, de um lado, e de outro, garanta a efetividade dos direitos que elas procuram operacionalizar.

Não se trata – eis uma nota marcante entre os doutrinadores – de enfraquecer ou minimizar a importância ou os efeitos dos direitos contidos nas políticas públicas, mas apenas de contextualizar as demandas coletivas dentro do universo de causas e visualizar se as alegações constantes nas peças iniciais levadas aos tribunais, de fato, confirmam-se como uma violação daqueles direitos. Afastar-se de um perigoso fundamentalismo nessa seara parece ser o caminho mais seguro para garantir, uniformemente, o atendimento dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUILAR, Luiz Francisco. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.285-307.

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.217-245.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoría de La Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALVES, Débora; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. *Lua Nova*, São Paulo, nº 57, p.113-133, 2002.

ALVISI, Edson. Jurisdição Ativa no Estado Democrático de Direito. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.) et al. *Constituição e Ativismo Judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.71-87.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, Ano 10, nº 42. p. 99/104, out/dez 2010.

_____. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Belo Horizonte, Ano 16, nº 65, p. 7-21, Out./Dez 2008.

ARAÚJO, Ana Luiza Nogueira de. *A Proteção Constitucional das Crianças e dos Adolescentes: uma análise da (des)juridicização fáctica no Município de Maceió*. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7177>>. Acesso em: 16 maio 2011.

_____. Falta de Recursos não pode Discriminar Direitos Coletivos. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 8, p.453-460, jan./jun. 2007.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 3 ed. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede.asp>>. Acesso em: 19 set.2012.

BACHOFF, Otto. Estado de direito e poder político: os tribunais constitucionais entre o direito e a política. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 56, p. 9-24, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Eficácia das Normas Sociais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.49-118.

_____. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle de Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, nº 15, jan./mar. 2007. Disponível na internet em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 23 fev.2012.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.101-132.

_____. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, nº 46, 31/10/2007. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2424>. Acesso em: 15 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.1-48.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, nº 11, out. 2005. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>>. Acesso em: 8 janeiro 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovas, 2008.

_____. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de realização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2010.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Trad. Carmen C. Varriale et al. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE-AgR nº. 559646, 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 7 junho 2011. DJE de 24/06/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADI nº 1668-DF, Plenário. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 agosto 1998. DJ de 16/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 abr.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 132 e ADI nº 4277, Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. Julgados em 5 mai 2011. DJE de 14/10/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 45, Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13 jan. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE-AgR nº 595595, 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 28 abr 2009. DJE de 28/05/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 mar. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – ADI nº 3343, Plenário. Rel. Min. Ayres Britto. Julgado em 1 set 2011. DJE de 21/11/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 mar. 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE-AgR nº 464143, 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgado em 15 dez 2009. DJE de 04/2/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 dez. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – SS nº 3.073, Decisão Monocrática. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ de 14/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – RE nº 267.612, Decisão Monocrática. Rel. Min. Celso de Mello. DJ de 23/8/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 mar. 2012

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça – Resp nº 1171688, Segunda Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 01 jun. 2010. DJE de 23/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 09 fev. 2012

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento nº 70026971929, 21ª Câmara Cível. Rel. Marco Aurélio Heinz. Julgado em 17 dez 2008. DJE de 29/1/2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região – APELREEX nº 6873/01, 3ª Turma. Rel. Des. Fed. Vladimir Souza Carvalho. Julgado em 17 dez 2009. DJE de 22/2/2010. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 17 mar. 2012.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região – AGTR nº 109824, 4ª Turma. Rel. Des. Fed. Conv. Cristina Garcez. Julgado em 25 jan 2011. DJE de 3/2/2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1-49.

_____. Políticas Públicas e Direito Administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, nº 133, p.97/98, jan./mar. 1997.

_____. Notas para uma metodologia jurídica de análise das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.225-260.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *“Brançosos” e a Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2 ed. Lisboa: Almedina, 2008.

_____. O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade da força normativa da “Constituição Social”. In: CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.) et al. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, nº 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte. Fórum, 2008, p.107-125.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, nº 34, p.147/156, junho/1997. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm>. Acesso em: 22 mar 2012.

CATÃO, Adualdo. *Decisão Jurídica e Racionalidade*. Maceió: Edufal, 2007.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica contra a Mulher: prevenção, repressão e políticas públicas no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2006.

CITTADINO, Gisele. CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos, Ano III, nº 3, p.135-145, 2002.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível na Internet em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 3 maio 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía: revista de filosofía y teoría del derecho*, Alicante, nº 16, p. 89-112, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, nº 138, p.39/48, abr./jun. 1998.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 26 abr. 2011.

CYRINO, André Rodrigues. *Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariiedade Administrativa em Matéria de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.93-124.

DANTAS, Frederico. O princípio constitucional da inafastabilidade: Estudo com enfoque no ativismo judicial. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, nº 17, p. 83-113, mar. 2008.

DIAS, Maria Teresa Fonseca. Políticas Públicas e o terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.261-291.

DINO, Flávio. *A Função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil*. Revista do Centro de Estudos da Justiça Federal, Brasília, nº 28, p.40-53, jan./mar. 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Políticas Públicas: Definição, Evolução e o Caso Brasileiro*. Disponível em: <http://serv01.informacao.andi.org.br/b6d71b6d71ce_114f59a64cd_-7fcc.pdf>. Acesso: 28 dez.2011.

FERNANDES, Eusebio. El Problema Del Fundamento de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, nº 1, 1982.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A Constitucionalização do Direito Administrativo e as Políticas Públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 19, set./nov. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-19-setembro-2009-reginanery.pdf>>. Acesso em: 17 dez.2011.

FERREIRA, Gilberto. *A utilização do Judiciário para questionar e obrigar a administração a desenvolver políticas públicas*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Marília, Marília, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil: uma visão geral. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, nº 44, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38181>>. Acesso em: 1 set. 2011.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: Os Órgãos Jurisdicionais e a Concreção dos Direitos Sociais. *De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, nº 10, p.50-88, jan./jun., 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27222>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas Públicas e a Ciência Política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.75-96.

GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume 1. 2 ed.. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedex*, Campinas, ano XXI, nº 55, p.30-41, nov. 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El Costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, nº 12, p.127-141, mar. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 8 ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. As Dificuldades de Teorias “Pré-Hermenêuticas” com o Direito do Estado Social Moderno, Maceió, *Revista do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas*, Maceió, Edufal, v.2, nº 3, p.11/50, 2008.

_____. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Leis de Normas Gerais, Regulamentação do Poder Executivo e Cooperação Intergovernamental em Tempos de Reforma Federativa*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

KRELL, Andreas J. Interesse Público (Primário) e Interesses Difusos no Direito Ambiental: o aspecto “político” de sua concretização. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v.16, nº 63, p.11-48, jul./set/2011.

LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Revista Doxa*, nº 22, p. 320/330, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. *Revista do Ministério Público de Alagoas*, Maceió: nº 6, p.13-49, jul/dez 2001.

LOPES, José Reinaldo Lima. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

_____. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 40, nº 160, p. 49/64, out./dez. 2003.

MANCUSO, Rodolfo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (org.). *Ação Civil Pública: lei 7347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.707-751.

_____. *Interesses Difusos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.51-74.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Notas sobre o Caráter Normativo dos Princípios e das Normas Programáticas. *Revista do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas*, Maceió, Edufal, v.2, nº 3, p.79/114, 2008.

MORAES E SILVA, Sofia Vilela de. *Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes e Eficácia Social dos Direitos Fundamentais Infanto-Juvenis: subsídio à formulação de políticas públicas para o município de Maceió*. Dissertação (Mestrado em Direito). Maceió: Universidade Federal de Alagoas, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm> Acesso em: 20 mar. 2011.

NUNES, José António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes dos Juízes nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, Tomo I. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos direitos sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à Ciência do Direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Valéria Maria Lacerda. A possibilidade de intervenção judicial nas chamadas políticas públicas. *Revista Direito e Liberdade - ESMARN – Região Oeste*, Mossoró, v. 1, nº1, p.381/393, jul/dez 2005.

ROUSSEAU, J.J. *O Contrato Social: princípios de direito político*. 4 ed. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p.123-158.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.297-305.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.43, nº 172, p. 45-55, out./dez. 2006.

SANTOS, Marília Lourido. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Os Direitos Sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Vinte anos de Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.479-510.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, nº 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 3 mar. 2012.

_____. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (coord.). *A Constitucionalização dos direitos: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113-148.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.553-586.

SAVERGNINI, Livia Regina. Políticas Públicas como Programas e Ação para o atingimento dos Objetivos Fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.151-182.

SCAFF, Fernando. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre, Ano V, nº 8, p.143-159, Jun. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.587-599.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIEIRI, Catarina Helena Cortada (org). *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.363-380.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Regras e Princípios: por uma distinção normoteórica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR*, Curitiba, nº 45, p.37-73, ago/2007.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul/dez 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.515-551.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas concretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito*. Tese (doutorado). Rio de Janeiro: PUC - Rio, 2005.

TIMM, Luciano Benetti “Qual a maneira mais eficiente de prover os direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.51-62.

TRINDADE, Jade Carneiro. Controle Judicial das Políticas Públicas. *L&C – Revista de Administração Pública e Política*, Brasília, v.13, nº 142, p. 4-13, abr.2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, nº 2, p.441/463, Jul/Dez 2008.

WACHELESKI, Paulo. Jurisdição e políticas públicas: a eficácia dos direitos fundamentais e a politicidade do Poder Judiciário. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, nº 16, fev. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao016/Marcelo_Wacheleski.htm> Acesso em 19 de novembro de 2011.

XAVIER, Marina Correa. *O Controle Judicial de Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal*: comentário à decisão proferida na STA 175. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, Instituto de Direito Público, Ano 4, 2010/2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 8 ed. Madrid: Trotta, 2008.